Overbeck
I rom. m
385 m - 11

v. Schelhaß.
1808.
modo
Dürnlein

Meditationen

über

verschiedene Rechtsmaterien

von den

Gebrüdern Overbeck.

Eilfter Band.

Hannover,
bei den Gebrüdern Hahn
1807.

Seite

551. Ueber die Gewährsleistung bei Erbverpachtungen, und besonders über den Fall: ob unter dem Verbot, meyerstättische Güter zu verkaufen und zu versetzen, auch die Erbverpachtung begriffen sey? 66

552. Nach welchen Grundsätzen muß der Richter, beim Beweise durch Kunstverständige, wenn ihre Meinungen geteilt sind, den Ausspruch thun? . 73

553. Bei der Gewissensvertretung findet auch der Gegenbeweis statt. 77

554. Bei Beurteilung der sich widersprechenden Zeugen-Aussagen muß man alsdenn, wenn die Zeugen gleich glaubwürdig sind, darauf besonders sehen, welche Aussagen die größte Wahrscheinlichkeit für sich haben, und mit der Natur der Sache am meisten übereinstimmen. Ein Fall darüber. . 82

555. Ueber die Erkennung auf den Erfüllungseid, wenn dem Beweisführer für seine Behauptung Wahrscheinlichkeits-Gründe zu statten kommen. Ein Fall darüber. 90

556. In einem Testamente der Eltern unter den Kindern sind Enkel, deren noch lebenden Eltern die Intestat-Erbfolge zustehet, als fremde Personen zu betrachten, und ihnen kann darin, ohne Zuziehung von fünf Zeugen, kein Vermächtniß gültig hinterlassen werden. 96

557. Auch bei einem ausdrücklichen antichretischen Vertrage, findet die Berechnung des superusurii statt, und muß man hiebei auf die Zeit des Kontrakts sehen. 100

558. Einem Rechnungsführer stehet wegen seines Activ-Bestandes an den Gütern seines Prinzipals keine stillschweigende Hypothek zu, wenn gleich dieser sie an jenes Gütern hat. 105

Seite

559. Wo die allgemeine Güter-Gemeinschaft unter Eheleuten eingeführt ist, da fällt bei einseitigen Bürgschaften der Ehefrau die Einrede des Vellejanischen Rathschlusses weg. Sie kann auch einseitig über das Gemeingut keine gültige Kontrakte schließen; doch giebt es Ausnahmen davon. . . 107

560. In wie weit wird ein Kaufmann für das Nichtaufgehen des verkauften Leinsamens verantwortlich? Ein Rechtsfall darüber. . . . 117

561. Das Uebermaaß bei verkauften Grundstücken braucht der Käufer so wenig in Natur zurückzugeben, noch mit Gelde zu bezahlen, wenn das Maaß demonstrationis causa angegeben ist. Ein Fall davon. 127

562. Ein Rechtsfall: über die Folgen der Litis-Renunciation, wann sie statt findet, und wie ein Richter dabei verfahren muß. 132

563. Bei Bestimmung der Entschädigung, wegen nicht zur festgesetzten Zeit gelieferten Pachtfrüchte, sieht man auf den höchsten Werth, den dieselben nach dem Verzuge bis zum richterlichen Erkenntnisse gehabt haben. 145

564. Nachtrag zu der No. 329. in dem 6ten Bande der Meditationen: Wenn jemand bei Veräußerung eines Grundstücks sich die Mithude darauf vorbehält: so wird diese als eine Dienstbarkeit, und nicht als ein Eigenthumsrecht angesehen; kann mithin durch den bloßen Nichtgebrauch verjährt werden. 159

565. Der von einem Minderjährigen, ohne Beistimmung seines Kurators, unter der Klausel: So wahr mir Gott helfe, geschlossene Kontrakt kann von jenem nicht angefochten werden. . 169

566.

Seite

566. Einem gutgläubigen Besitzer müssen die auf die Sache verwandten, nothwendigen und nützlichen Kosten erstattet werden, wenn auch gleich die Sache nicht mehr da ist. 190

567. Ein feierliches Testament der Eltern unter ihren Kindern wird durch ein zweites, nicht feierliches, aufgehoben. 195

568. Ein Fall zur Erläuterung der L. 8. §. 3. C. de codicillis. 202

569. Ein Fall zur Erläuterung der L. fin. C. de fideicom. in Ansehung der Frage: ob der in diesem Gesetze dem Erben auferlegte Eid von demselben zurückgeschoben werden könne? . . 206

570. Nur der Schenker, nicht dessen Erben, kann gegen den Beschenkten, wegen begangener Undankbarkeit, auf die Aufhebung der Schenkung klagen. 211

571. Ein, der Schenkungs-Urkunde angehängter, Vertrag: die Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten nicht widerrufen zu wollen, ist ungültig. 216

572. Findet die L. 19. ff. de usu et usufr. leg. auch heut zu Tage noch Anwendung? . . . 221

573. Zur Ausschwörung des Haupteides durch einen Bevollmächtigten, wird die Einwilligung des Deferenten erfordert. 225

574. Wider das gerichtliche Geständniß des Minderjährigen, das ihm angeschuldigte Verbrechen begangen zu haben, findet die Wiedereinsetzung in vorigen Stand nicht statt. 233

Seite

575. Ein Zunft=Mitglied ist befugt, wegen Beeinträchtigung der Zunft=Privilegien, zu klagen. . 238

576. Das Gutachten oder Zeugniß eines Kunsterfahrnen beweiset, ohne Angabe des Grundes seines Urteils, nichts. 243

577. Wenn in dem, zwischen dem Pfand=Gläubiger und Schuldner errichteten Vertrage, dem ersten das Recht gegeben ist, nach verflossener Zahlungsfrist das Pfand verkaufen zu können: so braucht derselbe, wenn er zum Verkauf schreiten will, solchen Verkauf dem Schuldner nicht anzuzeigen. . 246

578. Die Einrede der Kompensation enthält kein stillschweigendes Anerkenntniß der Schuld. . . 253

579. Ein Fall zur Erläuterung der L. 1. §. 1. C. de annali exceptione. 257

580. Zu den Reparatur=Kosten eines unter mehrern Nachbaren gemeinschaftlichen Brunnens, muß auch derjenige Nachbar beitragen, der einen eignen Brunnen hat, und den gemeinschaftlichen Brunnen nicht gebraucht. 263

581. Kann eine, von einem Christen geschwängerte unverehelichte Jüdin, auf Abfindung klagen? . 267

582. Kinder, die aus dem Beischlaf einer verehelichten Mannsperson und einer ledigen Frauensperson erzeugt sind, können ihre Mütter, und die von derselben erzeugten ehelichen Kinder, nicht beerben. 270

583. Bei einer wiederkäuflich verkauften gemeinschaftlichen Sache, kann einer von den Verkäufern das Wiederkaufs=Recht ausüben. . . . 275

584. Ein in die Rechtskraft getretenes Urteil, kann wegen neu aufgefundener Dokumente nicht immer wieder aufgehoben werden. 278

Seite

585. Der Beweis zum ewigen Gedächtniß, kann auch durch Urkunden geführet werden. . . . 282

586. Ist derjenige, der von einem angefangenen Prozesse Abstand nimmt, ohne Unterschied zum Kosten- und Schadens-Ersatz verpflichtet? . 285

587. Ein Rechtsfall über verlangte Vergütung der Einquartierungslasten. 295

547. Meditation.

Ein Rechtsfall: über die bestrittene Schuldigkeit, zur Bezahlung eines doppelten Weinkaufs, von einem, an zwei Gutsherren meyerstättischen, Bauerngute.

§. 1.

Nachfolgender, in das Bauernrecht einschlagender Fall, scheint uns merkwürdig genug zu seyn, um hier eingerückt zu werden Er betrifft die Bezahlung eines doppelten Weinkaufs, von einem an zwei Gutsherren meyerstättischen Bauerngute.

Der Meyer J. im Amte B. ist, nach Ausweisung des Amts-Lagebuchs von 1668 der Landesherrschaft eigenbehörig, entrichtet derselben wöchentlich einen Spanndienst, drei Burgfesttage, Burgfestgeld, Malzgeld, Hofgerichtsschatz und ein Rauchhuhn; giebt aber

auch den von K. jährlich Pachtkorn 12 Scheffel Rocken, so viel Gerste und 36 Schff. Hafer, 1 fettes Schwein, 4 Schuldhühner, und leistet ihnen jährlich 5 Spanndienste. Er besitzt an Länderei 2 Fuder, Wiesewachs 6 Fuder, Weide für 7 Kühe, Holzung; anerkaufte Güter zu einem Fuder Wiesewachs, so von undenklichen Jahren beim Gute gewesen.

In dem Amts-Saalbuche von 1722 heißt es: Meyer J. ist der Landesherrschaft leibeigen, und giebt derselben bei den Sterbfällen den Erbteil; bei Veränderung des Hofes den Weinkauf; das Gut ist mehrenteils meyerstättisch, so wol von gnädigster Herrschaft, als dem von K., und giebt beiden, bei Veränderung des Hofes, Weinkauf.

Es heißt ferner in dem Brüchten- Erbteils- und Weinkaufs-Register des Amts B. von Michael 1701 bis 1702: „Meyer J. muß sein „Vollspänner-Gut beweinkaufen. Weil er den „Weinkauf an die von K. prästirt, giebt er „nach dem vorigen 7 Rthlr."

Demnächst ist im Brüchten- Erbteils- und Weinkaufs-Register dieses Amts von 1721 enthalten: daß dieser Meyer sein Gut beweinkaufen müsse; und ist dieserhalb eine Summe von 10 Gfl. angesetzt, dabei angezeigt, daß er auch den Weinkauf an die von K. geben, und als Erbteil 8 Gfl. geben müsse.

Endlich ergiebt sich aus einer vom Meyer J. am 21. Octbr. 1784 beim Amte B. producirten

cirten Quitung vom Jahr 1721, daß Meyer J. T. seines verstorbenen Bruders Erbteil mit 10 Gfl., wie auch Weinkauf 8 Gfl. berichtigt habe.

Daß aber dieser Weinkauf bei der, im Jahr 1742 erfolgten Kolonats-Veränderung, wie nemlich des jetzigen Meyers Vorgänger den Hof angetreten hat, an die Landesherrschaft prästirt worden sey, darüber findet sich kein Beweis in den Akten.

Der jetzige Meyer J. ist nun, nach dem darüber beigebrachten Meyerbriefe von 1784, von dem Familien-Senior der von K. mit erwähntem Hofe, nebst allen Zubehör und Gerechtsamen, nichts davon ausbeschieden, in allermaßen der von K. den Hof von dem F. und dessen Voreltern besessen habe — gegen einen zu bedingenden Weinkauf bemeyert, und demselben vorgeschrieben, jährlich 6 Schff. Rocken, 12 Schff. Gerste und 36 Schff. Hafer, 4 Pflug- und 1 Düngeldienst an die Gutsherrschaft zu prästiren, und eben so die 6 Schff. Rocken und 6 Schff. Hafer an das Stift zu N. N., wohin sie versetzt, zu liefern.

Außer diesen vorhin angezogenen, über diesen Gegenstand sprechenden Urkunden, findet sich weiter keine Nachricht; es muß jedoch hier noch bemerkt werden, daß nach einem Regierungs-Rescript von 1770, den Aemtern die Erteilung von Extrakten aus den, in den Amtsregistraturen vorhandenen Saal-, Meß- und

Contributions-Registern, wodurch Streitigkeiten und Irrungen entstanden — weil solche unvollständig, und mit andern Nachrichten öfters nicht übereinstimmend, auch nicht ganz gesetzmäßig errichtet seyen — so lange untersagt worden, bis den Aemtern völlig legal errichtete Saalbücher würden zugestellt seyn.

Eben so wird in der Einleitung des neuen Katasters von 1783 §. 1. gesagt: Um ein gleichmäßiges Verhältnis, in Absicht des Beitrags der Unterthanen, zur ordentlichen und außerordentlichen Contribution zu bestimmen, und wegen sich immer mehr vergrössernder Unbrauchbarkeit der alten Lagerbücher, sey die Einrichtung zur Aufnahme eines neuen Saalbuchs getroffen, nach welchem die Aufzeichnung aller kontribuablen Gründe und Nutzungen, so auch die Schätzung ihres Ertrags geschehen, dabei die Aufnahme aller Präſtanden, der Activ- und Passiv-Gerechtigkeiten, das Vernehmen der Unterthanen, so auch der Guts- Pacht- und Dienstherren, in öffentlichem Termin vorgenommen, und nach diesem die Verfertigung der Meß- Aestimations- und Saalbücher, vorschriftsmäßig befördert werden solle.

§. 2.

Wie nun der zeitige Meyer J. im Jahr 1784 den Hof antritt, verlangt das Amt von ihm, einen der Landesherrschaft zu bezahlenden Weinkauf von 10 Gfl., wozu sich aber jener nicht

nicht verstehen will, weil er solchen nur dem von K., als seiner Gutsherrschaft, zu leisten schuldig sey. Es kommt hierauf zu einem Proceß zwischen dem Meyer J. und dem Kammeranwalde, und wird von der Juristenfacultät zu Rinteln folgendes Urteil gegeben:

daß Kläger von der Entrichtung des Weinkaufs nicht freizusprechen, sondern zu dessen Bezahlung anzuhalten sey; er könnte denn seine Befreiung durch die Verjährung, oder auf andere Art erweisen.

Die Entscheidungsgründe sind diese:

1) habe der Kläger nicht leugnen können, daß der Weinkauf ehemals prästirt sey;

2) werde kein actus erroneus vermuthet, und sey auch nicht dargethan;

3) aus der, im Jahr 1743 nicht geschehenen Prästation des Weinkaufs, folge keine Verjährung des Rechts, ihn künftig zu fordern.
Buri Erläuterung des Lehnrechts S. 892 f.

4) Wenn gleich die Amts- und Saalbücher künftig kein weiteres Regulativ für Kontributions-Beiträge seyn sollten; so seyen sie doch, zum Beweise einzelner Prästationen, nicht ganz unwirksam, zumal da in gegenwärtigem Falle kein Verdacht eintrete, und sie, die Saalbücher rc. von öffentlichen Personen gemacht und beglaubigt worden wären,
Hellfeld jurispr. for. §. 1158.

weil aber Kläger sich auf die Verjährung berufen;

rufen; so sey ihm der Beweis derselben nachgelassen.

§. 3.

Kläger interponirte gegen dieses Urteil, und es wurde nach gewechselten Schriften, von der Juristenfakultät zu Jena, das vorige Urteil in der Hauptsache abgeändert, Kläger von der Weinkaufs-Prästation entbunden, und dem Beklagten der Beweis, daß er solche, in Absicht des Klägers Hofes oder gewisser Parcelen desselben, zu fordern hergebracht habe, nachgelassen.

Entscheidungsgründe.

Kläger sey von den von K., nicht aber von der Landesherrschaft, mit dem Hofe bemeyert; er habe also in Absicht des, von dieser geforderten Weinkaufs, die Vermuthung der Freiheit für sich, und Beklagter die Pflicht dazu nicht erwiesen.

Der Weinkauf sey

1) eine Abgabe, welche unbedingt eine Gutsherrschaft voraussetze.

L. 3. C. de jur. emphyt.

Wenn auch letztere gemeiniglich in dem Falle, wo der Besitzer des Hofes ein Eigenbehöriger sey, dem Eigenthumsherrn zustehe, und der römische Rechtssatz: was ein Leibeigener erwerbe, das erwerbe er seinem Herrn, auf deutsche Eigenbehörige gewissermaßen anwendbar sey; so leide diese Regel doch in

Deutsch-

Deutschland wichtige Einschränkungen und zumal hier, wo der Kläger von den von K. wirklich bemeyert werde, folglich diesen allein die Gutsherrschaft zukomme.

Wenn auch ferner Kläger als Leibeigener das Gut an sich gebracht; so falle der Landesherrschaft deshalb so wenig die Gutsherrschaft zu, als wenig dadurch, daß Kläger das Gut an sich zu bringen nicht befugt sey, die Landesherrschaft daran einen Teil des Eigenthums erlangt habe.

Das folge auch weder aus dem zu leistenden mortuario, als dem Spanndienste. Denn wenn jenes auch oft als eine dingliche Last ausgegeben werde, und bei dessen Bestimmung auf den Ertrag der Güter gesehen, und in den Landesgesetzen, nach welchen Verringerung der Höfe dem Leibeigenen untersagt, auch auf die Quantität des mortuarii Rücksicht genommen sey; so werde solches doch von dessen Verlassenschaft abgegeben,

Pottgiesser de statu servor. L. 2. Cap. 2. §. 9.

welche sich auch ohne einen Hof gedenken lasse. Aus dem mortuario folge also keine Gutsherrschaft, auch nicht aus dem Spanndienste, obgleich Leibeigene, die keinen Hof hätten, nur mit der Hand dienen müsten; und dem Extrakt aus dem Saalbuche von 1668 hierin Glauben beizulegen sey.

2) Aus

2) Aus diesem Saalbuche, und aus dem von 1772, folge die Befugniß zum Weinkauf auch nicht. In jenem sey ihrer gar nicht gedacht; in diesem aber nicht gesagt, wem der Weinkauf, sondern nur in einem Zusatze, daß er beiden gebühre, sich jedoch gar nicht bestimmen lasse, von wem er herrühre. Man könne eben wenig aus diesen Auszügen sehen, wie es bei Verfertigung dieser Saalbücher zugegangen, also brauche Kläger solche nicht zu agnosciren.

In der Verordnung von 1770 und 1783 werde aber die Unvollständigkeit und Unverlaßbarkeit derselben erkläret; und wenn auch diese Erklärung hauptsächlich zur Rechtfertigung der neuen Kataster-Einrichtung geschehen, so werde doch jenen dadurch aller Glaube benommen, wogegen der Umstand, daß obgedachte Verordnungen nur blos chikanösen Processen hätten vorbeugen wollen, nicht in Betrachtung komme.

3) Sey es unerwiesen, daß Klägers Vorfahren schon 1702 und 1721 den Weinkauf bezahlt hätten. Die Register bewiesen nichts, und in so fern der Weinkauf nicht vom Anerben selbst berichtigt sey, folge für ihn keine Anerkenntniß der Schuldigkeit.

4) Der Bemeyerungsbrief der von K. stehe aber dem Beklagten nicht entgegen, wenn er die Weinkaufs-Forderung darthue, welcher Beweis — da Kläger das Verzeichniß der

zu

zu seinem Hofe gehörigen Pertinenzien nicht beigebracht — ihm nachgelassen werden müsse.

5) Die im Jahre 1742 unterlassene Weinkaufs-Prästation verdiene jetzt keine Rücksicht, weil das Factum contradictorium, und acquiescentia nicht constire.

§. 4.

In der dritten Instanz, da Beklagter gegen das Erkenntniß interponirt hatte, wurde, nach gewechselten Schriften, dieses Jenaer Erkenntniß aufgehoben, und das von der Juristen-Fakultät zu Rinteln erteilte, wieder hergestellt.

Entscheidungsgründe.

1) Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß Dienst- und Zinspflicht zu den wesentlichen Verbindlichkeiten eines Bauern gehören; jene, die Dienstpflicht, hat mit der Lehnsdienstpflicht einerlei Ursprung und Grund.

Ueberfluß an Ländereien, welche man andern zu cultiviren gerne überlies, und Mangel an baarem Gelde, womit die Benutzung hätte pachtweise vergolten werden können; ferner eigenes Bedürfniß solcher Dienste bei der Gutsherrlichen Landwirthschaft, und die noch sehr geringe Zahl einer für Geld dienenden Menschenklasse, — diese Umstände wirkten das Dienstverhältniß zwischen dem Herrn und den Bauern.

Wer-

Werden nun gleich in einigen Ländern auch dem Gerichtsherrn Frohndienste geleistet; so gebühren solche doch der Regel nach dem Gutsherrn, indem der ursprüngliche Dienstkontrakt nicht hies:

sey unser Richter, so wollen wir dir dienen,

sondern:

gieb uns Land, so wollen wir dir Dienste leisten.

Runde Grundsätze des deutschen P. R. §. 491 und 494.

de Selchow Elem. jur. germ. §. 349.

So wie nun aus einer Dienstleistung, welche der Bauer als Unterthan zu verrichten schuldig ist, als wohin Kriegesfuhren, Schanzarbeiten, Burg- oder Hofdienste, Wegebesserungsdienste, Jagdfolge u. s. w. gehören, kein Argument auf Gutsherrlichen Nexus, zwischen ihm und dem Landesherrn gebildet werden kann, da diese Dienste nur Folge der sequelae territorialis sind; so wird dagegen aus der wirklichen Leistung der Frohndienste, entweder mit dem Spanne, oder mit der Hand, je nachdem der Umfang der Güter des Bauers solche gestattet, auf das Daseyn jenes Verhältnisses mit Grunde geschlossen.

Runde am a. O. §. 494.

de Selchow l. c. §. 349.

So wie ferner aus dem Nex der Leibeigenschaft, worin sich der Bauer befindet, der sichere Schluß folgt, daß er auch Grundgüter von

seinem

seinem Herrn empfangen haben müsse; — denn eben für die Vergütung des Genusses ihm anvertraueter Grundgüter muste der unbemittelte Bauer seine und seiner Kinder Person zur Sicherheit verpfänden —

Runde am a. O. §. 537.

so klar liegt auch die Pflicht vor Augen, daß der Dienstpflichtige, beim Antritt des Kolonats, einen Weinkauf an seinen Gutsherrn zahlen muß.

Runde am a. O. §. 531.
de Selchow l. c. §. 364.

Schon in dieser allgemeinen Hinsicht auf gegenwärtigen Rechtsfall, spricht die Vermuthung zu Gunsten der Kammer; denn Kläger hat seine Dienst- und Eigenpflichtigkeit so wenig verabreden können, als solche auch überdem aus dem Kataster von 1668 deutlich hervorgeht.

Kann nun gleich nicht bestimmt nachgewiesen werden, welche Grundgüter Kläger von der Kammer in ältern Zeiten empfangen hat; so läßt sich doch deshalb deren ehemals ihm gewordene Uebertragung nicht bezweifeln, indem die wesentlichen Criterien einer solchen Güterverleihung, nemlich die Frohndienstleistung und anerkannte Leibeigenschaft, hier eintreten, diese beiden Verhältnisse aber auf keinem andern wahrscheinlichen und rechtlichen Princip beruhen.

Dagegen streitet weder

a) der

a) der dem Kläger von der Familie v. K. ertheilte Meyerbrief, noch
b) der Umstand, daß in dem Saalbuche von 1668 der Weinkauf an die Kammer nicht bemerkt sey. Denn auf
a) es widerspricht der Natur der Sache nicht, daß jemand von zwei oder mehrern Begüterten, Ländereien zur Cultur empfängt, beiden dagegen Pflichten leistet, und sich durch Weinkauf zum Genuß der Grundstücke qualificirt. Wenn ferner gleich in dem producirten Meyerbriefe gesagt wird: daß dem Meyer J. der Hof, nebst allem Zubehör und Gerechtsamen, nichts davon ausbeschieden, übertragen sey: so wird doch gleich hinzugefügt, in allermaßen der von K. den Hof von dem F. und dessen Voreltern besessen habe — hiedurch also auf einen gewissen Maasstab seines Umfangs, und der dazu gehörigen Pertinenzien hingedeutet, so daß daraus noch keinesweges der Schluß gemacht werden kann, daß nun alles, was Kläger und dessen Vorfahren besessen, einzig von K. Meyergute sey, vielmehr würde es hier noch immer auf eine Prüfung jenes, dem F. eigen gewesenen, Besitzverhältnisses ankommen. So lange nun Kläger den Beweis, daß seine sämmtlichen Güter einzig von den v. K. ihm übertragen worden, nicht überzeugend darzuthun vermag, als wozu

ihm

ihm — der die Vermuthung aus jenen vorhin gedachten Criterien gegen sich hat — die Pflicht obliegt; so lange darf auch der Satz: daß Kläger gleichfalls von der Landesherrlichen Kammer Grundgüter erhalten habe, und ihr dem gemäs Weinkauf bezahlen müsse, angenommen werden, wogegen auf

b) der Umstand, des in dem Kataster von 1668 nicht ausdrücklich bemerkten Weinkaufs, in keine Betrachtung kommt, indem in demselben von einer Gutsherrschaft und Weinkaufs-Forderung der von K. eben wenig etwas gedacht, sondern dieser blos als eines Pachtherrn erwähnt wird; wobei noch zu bemerken, daß die in gedachtem Kataster bemerkten Spanndienste für die von K. jährlich nur in 5, dagegen an die Landesherrliche Kammer in 52 bestehen, daß, wenn an jene 4 Schuldhühner gegeben, doch an diese gleichfalls ein Rauchhuhn prästirt werden muß, welches letztere der Regel nach dem Gutsherrn gebühret;

Runde a. a. O. §. 507.

folglich schon nach dieser Ansicht der Sache ein Gutsherrliches Verhältniß der Kammer gegen den Kläger hervorleuchtet.

Dazu kommen nun

2) die übrigen von jenen vorgebrachten Beweisthümer. Denn in dem Erbteil- und Weinkaufs-

kaufsregister des Amts B. von Michael 1701 bis 1702 heißt es ausdrücklich:

Meyer J. muß sein Vollspänner-Gut beweinkaufen. Weil er den Weinkauf an die von K. prästirt, giebt er nach dem vorigen 7 Rthlr.

Nach einer geraden unpartheilichen Auslegung wird hier primario auf den, der Kammer zu erlegenden Weinkauf hingedeutet; denn es ist kein Grund vorhanden, warum Herrschaftliche Erbteil- und Weinkaufsregister, Gutsherrliche Gefälle, wenn solche einem Dritten, wie hier den von K. allein gebührten, aufzeichnen sollten; indem man sonst einen nicht vernünftigen Zweck, nemlich daß man eine nicht existirende Forderung oder Befugniß in Absicht der Kammer habe anerkennen wollen, unterstellen müste. Die beiden ersten Zeilen jener Annotation beziehen sich demnach auf jene, der Kammer eigene Befugniß, und weiterhin wird diese auf die, gerade im damals zur Frage kommenden Falle zu erlegende, 7 Rthlr. als Weinkauf modificirt, weil man nemlich auf diese vom Meyer J. auch den von K. zu prästirende Abgabe Rücksicht nahm, und deshalb für dasmal nur so viel, wie das vorherige mal bezahlt war, nemlich 7 Rthlr. von dem Kolonus verlangte.

Zwar beweisen annotationes Fisci und Erbteilregister allein die Zahlungspflicht nicht, indeß wenn andere Beweisthümer hinzutreten, welche

welche den Inhalt der Erbregister als richtig und glaublich darstellen; so kommen solche immer dem zu statten, der sich darauf beruft.

Strubens rechtl. Bedenken Th. 2. Bed. 86. S. 326.

Das ist auch hier der Fall, wenn man auf dasjenige, was unter Nr. 1. gesagt worden, und ferner

3) auf das Erbteilregister von 1721, auf das Quitungsbuch des Klägers, und auf das Saalbuch von 1722 zurückblickt.

In dem erstern wird der Weinkaufs- und Sterbfalls-Pflicht an die Kammer umständlich, so wie auch des Weinkaufs in Bezug auf die K. gedacht; beide Prästationen sind in demselben Jahre von dem damaligen Kolonats-Besitzer berichtigt, und ein Jahr nachher, nemlich 1722, findet sich in dem Saalbuche dieses Jahrs abermalige Bestätigung dieser Pflicht.

Es ist unverkennbar, daß alle diese Nachrichten sich über einen und denselben Umstand, in nach einander folgenden Perioden vereinigen, und keineswegs glaublich, daß diese von, in Eid und Pflicht stehenden, Beamten aufgenommenen Annotationen, auf eine gefährdevolle Weise, einseitig und ohne vorheriges Vernehmen der Vorfahren des Klägers, zur Existenz gekommen seyn sollten.

Zwar hat sich Kläger auf die Verordnungen von 1770 und 1783 berufen, nach welchen die alten Kataster für ungültig und unbrauchbar erklärt worden; allein

a) es läßt sich wol nicht behaupten, daß diese Verordnungen auch auf die schon im Anfang des 18ten Jahrhunderts angefangenen Lagerbücher anwendbar sind, indem schon von der Zeit her, an Aufnahme des neuen Lagerbuchs nach und nach gearbeitet worden ist, sodann

b) bezieht sich die Unbrauchbarkeit jener alten Lagerbücher vorzüglich auf den Beitrag der Unterthanen zu der Kontribution, nicht aber auf Verhältnisse der Gutsherrschaft gegen ihre Prästantiarien,

c) kann selbst den alten Lagerbüchern adminiculirende Beweiskraft nicht abgesprochen werden, wenn sie gleich, allein betrachtet, das thema probandum nicht in Gewißheit setzen mögen.

Im gegenwärtigen Falle aber treten alle unter Nr. 1, 2 und 3 angeführten Umstände zusammen, um nach Vorschrift der L. 3. §. 2. ff. de testib. für die Weinkaufspflicht des Klägers so lange zu sprechen, bis derselbe eine Befreiung davon auf irgend eine Art rechtlich dargethan haben wird.

548.

548. Meditation.

Ein Rechtsfall: über die Gültigkeit der, von einem minderjährigen Anerben eines Bauerguts, mit Genehmigung seiner Mutter und deren Bruders, unter Amtlicher und Gutsherrlicher Bestätigung geschehenen Abtretung seines Anerberechts an seine Schwester.

§. 1.

In der hiesigen Fürstl. Lippischen Verordnung, die Erbfolge in die Bauergüter betreffend, vom 24. Septbr. 1782 ist unter Nr. 2. verordnet:

daß, wenn der Anerbe zur Kolonats-Antretung und Verwaltung an Seele und Körper ganz unfähig ist, oder auch sonst Mangel an Einsicht und Willen dazu zeiget, alsdenn, und zwar, wenn es eigenbehörige Güter betrifft, mit Zuziehung des Gutsherrn, solche Unfähigkeit des Anerben, in Beiseyn der Eltern oder Vormünder, auch nach Befinden der nächsten Verwandten, am Amte genau untersucht, wie die Versorgung nach den Umständen des auszuschließenden Anerben und des Kolonats einzurichten, auch welches der folgenden Kinder zu dessen Uebernahme das fähigste, oder wem in deren Ermangelung solches zu übertragen sey, geprüfet, und be-

stimmet, und dann das darüber abgehaltene Protokoll der Regierung zur endlichen Verordnung darüber eingesandt werden solle.

Vor dieser Verordnung, im Jahre 1778, verstirbt der leibfreie, meyerstättische Kolonus K., mit Hinterlassung der Witwe, des 7jährigen Anerben, noch eines minderjährigen Sohns, und einer grosjährigen Tochter; und weil die Güter in Verfall gerathen sind, und eine Veränderung erfordern: so tritt der 7jährige Anerbe, mit Zustimmung seiner Mutter und deren Bruders, das Anerberecht, gegen 40 Rthlr. Abstandsgeld, und Versicherung ordnungsmäßiger Absteuer, an seine grosjährige Schwester ab, und wird dieser und ihrem Bräutigam darauf noch in demselben Jahre 1778 dieses Kolonat vom Amte verschrieben, auch von dem Gutsherrn nachher hiezu seine Einwilligung ertheilet.

Der Anerbe stirbt das Jahr darauf, und im Jahre 1795 tritt der nun grosjährig gewordene zweite Bruder desselben gegen den Ehemann seiner Schwester klagend auf, und verlangt von ihm die Räumung seines elterlichen Kolonats.

Er vermeinet, daß der Beklagte hiezu allerdings schuldig sey, weil er nach dem Tode seines Bruders gesetzmäßiger Anerbe geworden, und bei der Uebertragung des Anerberechts an seine Schwester, nicht praevia causae cognitione verfahren, noch die landesherrliche Geneh-

nehmigung dazu eingeholet, mithin ganz wider die Verordnung vom 24. Septbr. 1782 und die revidirte Policei-Ordnung von 1731. Tit. 10. §. 7. gehandelt sey.

§. 2.

Das Amt zeigt in dem, von ihm abgeforderten Berichte an, daß mit diesem Kolonate damals nothwendig habe eine Veränderung getroffen werden müssen, weil das Meyer- und Leibzuchtshaus darauf im Jahr 1773 abgebrannt gewesen, und auch von dem Inventarium fast nichts gerettet worden sey. Im Jahr 1778, wie der damalige Kolonus gestorben, sey auch das Kolonat noch in elendem Zustande gewesen, und die Witwe habe ebenfalls keine Hoffnung gehabt, diesem versunkenen Kolonate wieder aufhelfen zu können. Deshalb habe sie, mit Beirath ihrer Verwandten, die Entschliessung gefaßt, ihrer grosjährigen Tochter das Kolonat zu übertragen, damit diese durch Heirath eines tüchtigen Mannes das Kolonat erhalten solle. Dieses sey denn auch geschehen, und das Kolonat der Tochter und deren Bräutigam, mit Einwilligung des Bruders der Mutter, im Jahr 1778 verschrieben worden.

Der Beweis, daß des Klägers Mutter damals auf dem Kolonate nicht weiter habe fortkommen, und solches nicht habe erhalten können, liege schon darin, daß sie unter dem Beirathe ihres Bruders solches lieber verzogen,

und in dem Backhause, weil das Leibzuchtshaus noch mit einem Leibzüchter besetzt gewesen, ihre Wohnung mit den ihr verschriebenen geringen Emolumenten genommen, als das Kolonat habe ganz zu Grunde gehen lassen wollen.

Die Absicht, dieses Gut zu erhalten, sey auch durch die Heirath der Tochter vollkommen erreicht. Es sey solches wieder in gehörigen Stand gesetzt, und von den Schulden meistenteils befreiet worden.

Das vom Kläger angeführte Gesetz von 1782 sey ein neueres Gesetz, welches hier keine Anwendung finden könne, und die revidirte Policei-Ordnung sey bekanntlich nie zum Gesetz geworden.

Ferner habe auch der Kläger durch seine Geburt kein Anerberecht gehabt, und dessen verstorbener Bruder habe solches auf ihn nicht mehr vererben können, weil er es bei seinem Ableben selbst nicht mehr gehabt habe.

§. 3.

Kläger erwiederte in dem Gegenberichte hierauf: der Brand des Meyer- und Leibzuchtshauses sey keine Veranlassung zur Uebertragung des Kolonats an einen Dritten, mit Uebergehung des rechtmäßigen Anerben gewesen; indem bei dem Tode des rechten Kolonus nicht nur beide Gebäude völlig hergestellt, sondern auch das Gut mit dem nöthigen Inventarium versehen, und nur mit 140 Rthlr. Schulden beschwert

schwert gewesen wäre. Unbegreiflich bleibe es daher, wie dieses Kolonat für damals versunken ausgegeben werden könne.

Ob die Mutter dem Kolonate durch anderweite Heirath nicht habe aufhelfen, und die Wirthschaft nicht habe fortsetzen können, lasse man dahin gestellt seyn, ob es gleich wahrscheinlich sey, daß dadurch das Kolonat dem gesetzmäßigen Anerben erhalten seyn würde. Denn daß die Mutter das Backhaus bezogen habe, daraus lasse sich wol ihre Abneigung zur anderweiten Heirath und Begünstigung ihrer Tochter, nicht aber jenes Problem folgern. Und wenn dies auch wirklich so gewesen wäre, so habe doch durch Verpachtung, oder auf andere Art, das Kolonat für den Anerben aufbewahrt werden können.

Schon in den gemeinen Rechten sey es vorgeschrieben, daß die den minderjährigen Kindern zustehenden Rechte, vorzüglich aber Immobilien, unverletzlich erhalten, und zu ihrem Nachteile keine Veräußerung, ohne vorherige Bestellung einer Vormundschaft und deren Einwilligung dazu, vorgenommen werden sollten. Und sey auch gleich das Gesetz von 1782, welches zu einer solchen präjudicirlichen Handlung Landesherrliche Genehmigung erfordere, jünger als jenes rechtswidrige und nichtige Verfahren von 1778, so finde es doch auf den vorliegenden Fall ganz zweckdienliche Anwendung, indem es mit der Natur der Sache genau zu-

sammen

sammen hänge, und den Aemtern dergleichen willkührliche, den gemeinen Rechten zuwider laufende Handlungen nicht erlaube, ihnen vielmehr in dergleichen wichtigen Angelegenheiten jedesmalige Berichtserstattung durch mehrere Landesherrliche Verordnungen aufgegeben sey.

Freilich verdiene die diesseits angezogene revidirte Policei-Ordnung, welche bei einem solchen wichtigen Gegenstande Berichtserstattung, mit gehöriger causae cognitione erfordere, zwar als Gesetz keine Rücksicht; allein in dieser Absicht sey sie nicht angezogen, sondern nur, um die bisherige Observanz in dergleichen Fällen zu unterstützen.

Der Grund des Amts, daß der verstorbene Anerbe auf den zeitigen Kläger kein Anerberecht habe transferiren können, weil er zur Zeit seines Ablebens solches selbst nicht mehr gehabt habe, verdiene keiner Aufmerksamkeit. Der Anerbe sey in seiner Minorennität gestorben, also in einem Alter, worin derselbe keinen Willen gehabt, und worin er überhaupt zum Nachteil seines ihm folgenden, gleichfalls minorennen, Bruders nicht habe disponiren; und demselben auf seinen Todesfall die Erbfolge nicht habe nehmen können.

Eine solche, von Unmündigen, die nicht einmal Vormünder gehabt, unternommene Handlung sey ungültig und nichtig.

§. 9. u. 10. I. de inut. stipul.

L. 111. ff. de reg. jur.

Hier-

Hieraus folge, daß die Entsagung des Anerberechts als nicht geschehen zu betrachten, solches demnächst durch jenes Tod auf den jetzigen Kläger vererbt, dieser also allerdings befugt sey, auf dasselbe nunmehr Anspruch zu machen.

§. 4.

Beklagter excipirt hierauf:

Es sey bekanntlich das Kolonat, an welches der Kläger jetzt Anspruch mache, nach dem Zeugniß des Amts in dem Protokoll vom 5ten Mai 1778, wie auch nach der eigenen Anzeige der leiblichen Mutter und ihres leiblichen Bruders in jenem Protokoll, und nach dem Zeugniß der Gutsherrschaft in der Anlage, zu der Zeit, wie des Anerben Vater gestorben, in einem solchen schlechten Zustande gewesen, daß mit demselben eine Veränderung habe vorgenommen werden müssen, und solches bis zu dem mannbaren Alter des erst 7jährigen Anerben nicht zu erhalten gewesen sey. Nun habe dieser zwar zu der, damals nothwendigen, Uebertragung des Kolonats an die bereits mannbar gewesene Tochter, seine Ehefrau, keine legitime Einwilligung geben können; allein nach den Umständen, und nach der allgemeinen Observanz in Kolonats-Sachen, sey dazu auch dessen eigene Einwilligung gar nicht nothwendig gewesen. Die Veränderung der Succession habe hier vielmehr nach den Umständen des Kolonats,

lonats, von der Vorsorge der leiblichen Mutter, dem Beirath ihres nächsten Blutsfreundes und der vorsorglichen Verfügung der Gutsherrschaft und des Amts abgehangen, weil das Erbrecht in Kolonatssachen nicht so sehr beschränkt sey, daß Eltern, Gutsherr und Obrigkeit nach Erfordern damit nicht eine Veränderung sollten vornehmen, und dafür dem Anerben eine Abfindung bestimmen können, wie

Strube in seiner Comment. de jure villicor. Cap. 8. §. 6. am Ende, und mit einer Schaumburg-Lippischen Landesverordnung vom 17. Merz 1669.

Desgleichen in seinen rechtlichen Bedenken 3. Theils. 124 Bed. und

Ludolf in obs. forens. P. 2. obs. 155. in fine.

lehrten, und die Observanz des Amts in vielen Fällen eben dieser Art bestätigten.

Auch habe die Mutter seiner Ehefrau, und das Amt die Vermuthung für sich, daß sie nach Pflicht gehandelt hätten; und überdem habe es die Erfahrung aufs vielfältigste bestätigt, daß Elocationen und Administrationen verschuldeter und verfallener lastbarer Bauergüter, solche mehr in Verfall, als in Aufnahme brächten, weil die Aufkünfte zur Erhaltung einer oder mehrerer Leibzüchter, wie hier der Fall gewesen, zur Versorgung und Ausstattung vieler Kinder, Reparation der Gebäude, Bezahlung der Landes- und Gutsherrlichen Lasten,

Be-

Bestreitung der Administrationskosten u. s. w. mehrenteils nicht zureichten, und die Ländereien nur aus der Gail und Cultur gesetzt würden, weshalb denn auch durch ein hiesiges Landesgesetz vom 1. Jun. 1779 alle Elocationen oder Administrationen der Bauergüter ganz abgeschafft wären.

Nach der hier im Lande hergebrachten und verordneten Güter-Gemeinschaft unter Eheleuten, habe ohnedem der Mutter seiner Ehefrau, nach dem Ableben ihres Ehemannes, die einstweilige alleinige Erbfolge in das Kolonat, und die Disposition über dasselbe, zum Besten ihrer Umstände und Kinder zugestanden, und sie sey nicht eher schuldig gewesen, für ihre Kinder Vormünder zu bestellen, als bis sie, welches nicht geschehen sey, zur zweiten Ehe geschritten, weil sie die natürliche Vormünderin ihrer Kinder gewesen, und als leibliche Mutter auch die natürliche und rechtliche Vermuthung für sich gehabt, daß sie gleiche Liebe und gleiche Fürsorge für ihre sämmtlichen Kinder beobachtet, und ohne Vorliebe oder Vorzug des einen vor dem andern gehandelt habe. Ueberdem ergänze auch den Mangel der legalen Einwilligung ihrer minorennen Kinder die Gutsherrliche und gerichtliche Zustimmung und Genehmigung, in Ansehung ihrer mütterlichen Anzeige und Absicht.

Solches mütterliche, Gutsherrliche und gerichtliche Verfahren könne nun Kläger jetzt um

so weniger tadeln, und gegründeten Anspruch an das Kolonat machen, weil seine Ehefrau seit 17 Jahren in dem ruhigen Besitze des ihr übertragenen Kolonats gewesen sey, sie dasselbe mit ihrem verstorbenen Ehemanne in weit bessere Umstände gesetzt, die Gutsherrschaft sie und ihn abermals zu Kolonen angenommen, Kläger von seinem verstorbenen Bruder kein Anerberecht geerbt habe, weil derselbe zur Zeit seines Ablebens kein Anerbe mehr gewesen sey, und ihm kein Anerberecht hinterlassen, er selbst auch sogar nach erlangter Grosjährigkeit, die an seine, Beklagtens Ehefrau geschehene Uebertragung des Kolonats zu verschiedenen Zeiten genehmigt habe, indem er bei seiner Verheirathung an das Kolonat keinen Anspruch gemacht, sich keine eigene Güter habe verschreiben lassen, und gleich nachher von seiner Beklagtens Ehefrau verstorbenem Ehemanne, den ihm von dem Kolonate gebührenden Brautschatz von 50 Rthlr. eingefordert und auch bezahlt erhalten habe.

§. 5.

Kläger führte in seiner Replik hauptsächlich noch dieses an:

Der von Struben in dessen Bedenken angeführte Fall sey von dem jetzigen ganz verschieden. Dort sey die Mutter Eigenthümerin des Guts gewesen, und habe solches also ohnehin einem andern von ihren Kindern übergeben

geben können. Es sey da bewiesen, daß das Gut sonst nicht habe conservirt werden können, welches aber hier gar nicht der Fall gewesen sey. Auch widerlege ihn

Buri in der Abhandlung von den Bauergütern Nr. 31. S. 460 f.

sehr gründlich.

Was aber die, nach gegenseitiger Behauptung in dasigem Amte obtinirende, Observanz betreffe: so könne diese durch die beigebrachten Anlagen nicht erwiesen werden, da sich die wahren Anerben hier bei den Amtlichen Verfügungen beruhigt hätten, und deswegen diese Fälle seinem Rechte nicht präjudiciren könnten.

Die Güter-Gemeinschaft könne bei Bauergütern, wo der Besitzer des Hofes kein plenum dominium über denselben habe, nicht eintreten; und wenn man auch die Anwendbarkeit derselben zugeben wolle: so würde doch die Mutter, vi dominii cum liberis divisi, kein Recht haben, zum Präjudiz ihrer unmündigen Kinder etwas zu verfügen, da sie zwar die bona communia administriren, aber nicht veräußern könne.

Daß Beklagtens Ehefrau schon 17 Jahre im Besitz des Guts sey, könne ihm nicht schaden, da er bisher minderjährig gewesen, und facultatem standi in judicio nicht gehabt habe. Vormünder, die statt seiner hätten auftreten können, seyen ihm nicht beygegeben worden,

den, und so habe er wol oder übel seine Grosjährigkeit abwarten müssen.

Ob während dieser Zeit das Kolonat gut administrirt worden sey, werde sich am Ende dieses Streits finden; die Pachtherrliche Bestätigung der Beklagten in seiner Erbe könne ihn aber nicht präjudiciren, da dem Pachtherrn keine Befugniß zustehe, den Rechten eines Dritten etwas zu vergeben, und eine solche Bestätigung salvo jure tertii verstanden werden müsse, besonders da dieses Kolonat dem Pachtherrn nicht mit Eigenthum verhaftet sey, demselben also keine willkührliche Disposition darüber gebühre.

Die gegenseitige Behauptung, daß er, Kläger, von seinem verstorbenen Bruder kein Anerberecht habe ererben können, sey lächerlich und leicht zu widerlegen. Habe sein Bruder, wie Beklagter selbst eingestehe, ein Anerberecht gehabt; habe diesem solches auf die vorgemeldete Art nicht entrissen werden können, und sey er, Kläger, ohne diese Vervorteilung, nach seines Bruders Tode, zum Besitz des Kolonats gelangt: so sey ja wol nichts unbestrittener, als der Satz, daß nach des Anerben Tode das unwidersprechliche Recht zum Kolonate auf ihn, als dessen nächsten Intestat-Erben, habe fallen müssen. Hiezu komme noch, daß in dem ganzen Verfahren des Amts seiner nicht gedacht sey, und ihm also stillschweigend sein Recht, das ohnehin blos geruhet habe, vorbehalten sey.

Das Vorgeben des Beklagten, daß er, Kläger, die Uebertragung des Kolonats an dessen Ehefrau genehmigt habe, könne durch die angeführten Handlungen nicht erwiesen werden.

Gegen alle, zum Nachteile eines Minderjährigen vorgenommenen, Handlungen könne sich dieser noch 4 Jahre, nach Ablauf des 25. Jahrs, in den vorigen Stand wieder einsetzen lassen. Dies sey bekannten Rechtens, und daraus, daß er sich bei seiner Verheirathung um das Gut nicht gemeldet, könne ja nicht gefolgert werden, daß er das Recht des Usurpators anerkannt habe! Eben so wenig ergebe sich dies auch daraus, daß er sich keine eigene Güter habe verschreiben lassen, und einen Brautschatz erhalten habe. Alle Verzichtleistungen — und so sähe Beklagter vielleicht die Annahme des Brautschatzes an — seyen stricti juris und also auch strictae interpretationis, würden daher nicht präsumirt, sondern der, welcher sich darauf beziehe, müsse beweisen, daß der andere Teil damit Verzichtleistung wirklich beabsichtigt habe.

§. 6.

In der Duplik des Beklagten wurde nichts neues weiter vorgetragen, was hier noch zu bemerken nöthig wäre, und nach geschehener Submission wurde erkannt: daß die Klage nicht statt habe. Die Entscheidungsgründe lauteten so:

Denn

Denn wenn gleich nach der Verordnung vom 24. Septbr. 1782 erforderlich ist, daß, wenn ein Kolonat, mit Uebergehung des Anerben, an einen von den Geschwistern übertragen werden muß, alsdenn die Untauglichkeit des Anerben zu dessen Annahme, im Beiseyn der Eltern oder deren Vormünder, auch nach Befinden der nächsten Verwandten, mit Zuziehung des Gutsherrn untersucht, und das darüber abgehaltene Protocoll der Regierung zur endlichen Verordnung darüber eingesandt werden soll; so existirte doch diese Verordnung noch nicht, wie der in Frage stehende Hof der ältesten Tochter der zeitigen Colonae, bei ihrer Verheirathung mit ihrem verstorbenen Manne, nach dem Protokolle vom 5. Mai 1778, abgetreten wurde. Inhalts desselben erforderten die Umstände des Hofes nothwendig eine Veränderung, und dieses ist nicht blos ob fidem protocolli so anzunehmen, sondern der merkwürdige Umstand bestätigt es auch, da, nach Klägers eigenem Geständnisse im Gegenberichte, das Kolonat im Jahre 1773 das Unglück gehabt hat, das Meyer- und Leibzuchtshaus im Brande zu verlieren, zu deren Wiederaufbauung Geld erfordert wurde, wovon mehr als 140 Rthl. Schulden zurückgeblieben seyn konnten, womit das Kolonat, nach Klägers Angabe, nur beschwert gewesen seyn soll. Daß aber das Hofinventarium, wie Kläger vorgiebt, in gutem Stande gewesen, wovon, nach dem

Amts-

Amtsberichte, nichts gerettet worden, ist bei dem großen Brande beider Häuser um so weniger zu vermuthen, da in dem beigebrachten Gutsherrlichen Scheine, daß das Kolonat in schlechtem Stande gewesen sey, anerkannt, und deswegen der Weinkauf gemildert ist.

Da sich nun die Mutter zur längern Verwaltung des Kolonats unfähig fand, und zur anderweiten Heirath nicht schreiten konnte, wenn keiner sich um sie bewarb, wie Kläger nicht behaupten kann, die Elocation des Hofes aber in den Zeiten ein zur Erhaltung desselben zweckwidriges Mittel war, welche die Höfe wol herunter, aber nicht emporbrachte, immaßen in dem folgenden 1779sten Jahre die Landesherrliche, alle Elocationen verbietende, Verordnung eben aus der Ursache publicirt wurde; das Amt also für die Conservation des Kolonats sorgte, wenn es jene damit nicht vornahm, indem solche um so weniger von gutem Erfolge hätte seyn können, weil schon eine Leibzucht auf dem Hofe war, und die zweite noch für den Unterhalt der Witwe und ihrer Kinder hätte ausgemacht werden müssen; so scheint bei so bewandten Umständen die Uebertragung des Hofes an die älteste Tochter, um Landes- und Gutsherrliche Lasten davon erhalten zu können, bei dem erst 7jährigen Alter des Anerben, von der in dem Amtsprotokoll bemerkten Nothwendigkeit gewesen zu seyn.

Da

Da nun das Amt solche mit Gutsherrlichen Consens, mit Bewilligung der Mutter und mit Zuziehung ihres Bruders, der allen ihren Kindern gleich nahe war, bewerkstelligte; so hat dasselbe, was die Verordnung vom 24. Septbr. 1782, welche nur Eltern, und wenn die nicht da sind, Vormünder dabei verlangt, vorschreibet, in der That schon beachtet, nur Einsendung des Protocolls oder Berichts an die Regierung davon, unterlassen. Dazu war aber damals noch keine ausdrückliche Verordnung vorhanden, und Beklagter hat aus den beigebrachten Protokollen des Amts dargethan, daß bei selbigen so zu handeln Gewohnheit gewesen sey.

Was aber die Klage vollends unstatthaft macht, ist, daß Kläger nach erlangter Großjährigkeit, bei seiner Verheirathung sich einen Brautschatz von 50 Rthlr. von seinem verstorbenen Schwager, des Beklagtens Ehevorgänger, hat auszahlen, und damit von dem Elterlichen Hofe abfinden lassen, mithin eo ipso demselben entsagt habe. Denn der Brautschatz macht den Erbteil der Kinder von einem Kolonate aus, und wird durch dessen Empfang auf selbiges renunciiret.

Strubens rechtl. Bed. Th. 3. Bed. 18 am Ende S. 97.

Derselbe de jure villicor. Cap. 8. §. 7.

Puffendorf Obs. 33. §. 1.

Kläger vermeinet zwar, daß ihm solches nicht schaden

schaden und an seinem vermeintlichen Succes-sions-Rechte nicht hindern könne; allein das kann nur auf den Fall angenommen werden, wenn der in Frage stehende Hof aussterben, und für ihn ein Collateral-Successionsrecht entstehen sollte. Denn so lange diejenigen leben, welche den Kläger für sich und seine Kinder mit dem Policeiordnungsmäßigen Brautschatz vom Hofe abgefunden haben, ist keine Succession darauf für ihn möglich, und deswegen, wie geschehen, erkannt worden.

§. 7.

Kläger interponirte gegen dieses Urteil, und führte zur Rechtfertigung seiner Beschwerden an:

Die, für die Ungültigkeit der Uebertragung des Guts angeführte Landesverordnung vom 24. Septbr. 1782, nach welcher das Anerbe-recht keinem der jüngern Geschwister übertragen werden solle, es müsse denn im Beiseyn der Eltern, der Vormünder, oder der nächsten Anverwandten, und mit Zuziehung der Gutsherrschaft, die Untauglichkeit des Anerben untersucht worden seyn, und das darüber verfaßte Protokoll die Landesherrliche Bestätigung erhalten haben — solle um deswillen keine richterliche Aufmerksamkeit verdienen, weil solche damals, wie jene Uebertragung geschehen sey, noch nicht existirt habe.

So gegründet im Ganzen die Regel sey, daß spätere Gesetze auf vorhergegangene Fälle nicht angewendet werden könnten; so leide doch dieselbe dann gewiß eine Ausnahme, wenn Observanz oder gemeine Rechte schon vorher das nämliche verordnet hätten, welches hier der Fall sey.

Letztere, die gemeinen Rechte, hätten schon lange vorher verordnet, daß die Veräußerung der Güter eines Minderjährigen, absque solemnitate, das ist, absque causae cognitione, consensu curatorum, seu tutorum, et rescripto principis, null und nichtig sey, und das dominium der veräußerten Sache, apud minorem verbleibe;

L. 6 und 12 C. de praed. minor.
Boehmer Tom. 2. P. 1. resp. 216. nr. 16.

und in Ansehung jener, gebe das angeführte Landesgesetz selbst die bisherige Observanz als Grundlage des Gesetzes an, nach welcher es ausgemacht sey, daß bey gänzlicher Unfähigkeit an Körper und Seele des Anerben zur Kolonats-Verwaltung, alsdenn die Landes-Obrigkeit mit Zuziehung der Gutsherren, anderweite Uebertragung des Kolonats, mit Versorgung des Anerben, verordnen könne. Jene Verordnung bestätige also die bisher obtinirende Observanz, mache ex lege consuetudinaria, legem scriptam, und hätten also die darin zum ausdrücklichen Gesetze gemachten Grundsätze auch schon

schon vorher, als sie noch allein die Observanz erheischt habe, beobachtet, und in vorkommenden Fällen um so mehr sich darnach gerichtet werden müssen, als sie schon selbst das gemeine Recht als gesetzliche Vorschriften anerkenne.

a) Es hätte also müssen Unfähigkeit des Anerben, in Ansehung seiner Leibes- und Seelenkräfte, wie auch Mangel an Einsicht und Willen, erwiesen werden, ehe zur Uebertragung des Kolonats an seine Schwester habe geschritten werden können. Alles dieses sey aber der Fall hier nicht gewesen, und habe auch, wegen der Jugend des erst 7jährigen Anerben, darüber noch keine Untersuchung angestellt werden können.

Hierin könne also der Grund nicht liegen, der den vorigen Referenten bewogen, so wie geschehen, zu erkennen. Er setze ihn aber darin, daß die Umstände des Kolonats eine Veränderung erfordert hätten. Jedoch ohne einmal zu gedenken, daß die angeführte Verordnung sowol, als die, durch dieselbe lediglich bestätigte Observanz, den Grund einer Translocation des Anerberechts nur allein in der Person des Anerben, nicht aber in den Umständen, worin sich das Kolonat befinde, setzten; so wären auch diese nicht so dringend gewesen, daß sie die geschehene Uebertragung an des Querulaten Ehefrau unumgänglich nothwendig gemacht hätten,

wie in den Akten der ersten Instanz gezeigt worden sey. Dabei wolle er derselben darüber einen Eid zuschieben: daß es nicht wahr sey, daß zur Zeit der Uebergabe des Kolonats an sie, 2 Pferde, 1 Wagen, 1 Pflug, 1 Egge vorhanden, daß nicht alle Felder am Kolonate beisammen und bestellt gewesen, und daß mehr als 140 Rthlr. Schulden auf demselben gehaftet hätten.

Habe sich auch wirklich die Mutter unfähig gefunden, dem Kolonate allein gehörig vorzustehen; so habe es doch noch Mittel genug gegeben, als: Verheirathung der Mutter, Administration oder damals gebräuchliche Elocation des Guts, um dasselbe dem wahren Anerben zu erhalten.

Nothwendigkeit, wie in dem vorigen Urtheile behauptet worden, das Gut, mit Uebergehung des Anerben und seiner Brüder, an die älteste Tochter zu übertragen, sey also nicht vorhanden gewesen, so wenig in Ansehung der Person des Anerben, als in Rücksicht der Beschaffenheit des Kolonats, die überhaupt keinen Grund abgeben könnten, dem Nachfolger sein Erbrecht zu entziehen.

Boehmer T. 2. P. 1. resp. 614. nr. 5.
Leyser sp. 344. med. 1.

Sey dies aber auch der Fall gewesen, so wäre doch

b) in modo procedendi gefehlt, und stehe ihm demnach, als Erben seines Bruders, noch immer

immer der Regreß an sein väterliches Kolonat zu; wie in den Akten voriger Instanz ausgeführt worden, da ihm als Minderjährigen keine Vormünder bestellt, und die in der mit der Observanz übereinstimmenden Verordnung von 1782 bestimmten Vorschriften nicht beachtet wären.

Wenn ferner

c) Querulat, und mit ihm der vorige Referent, behaupte, daß er, Querulant, durch Annahme des Brautschatzes, stillschweigend in jene Gutsverschreibung gewilligt habe; so sey dieser Grund bei weitem nicht hinreichend, ihm sein Anerberecht zu rauben. Denn

1) sey er damals noch minderjährig und unbevormundet gewesen; weswegen ihm jetzt doch auf alle Fälle die Wiedereinsetzung in vorigen Stand zustehe, warum er denn bitte.

2) Behaupteten zwar einige Rechtsgelehrte, daß Annahme des Brautschatzes eine stillschweigende Abfindung vom Kolonate involvire, und es könne auch richtig seyn, daß dieses in einigen Ländern sich so verhalte; allein der daraus auf hiesiges Land gemacht werden wollende Schluß sey um so unbündiger, da der Landtags-Schluß von 1669 das gerade Gegentheil verordne (a). Mit die-

(a) Dieser lautet so: Endlich, was die quaestion der Eigenbehörigen betrifft, ginge das Conclusum dahin,

diesem stimme auch die hiesige Landesobservanz, ausweis der revidirten Policei-Ordnung, vollkommen überein, welches ferner noch die in Sachen N. N. ergangenen Urtheile bewiesen.

Ludolf Tom. 3. pag. 970. obs. 13.

Ueberhaupt aber finde diese Behauptung höchstens bei eigenbehörigen, nicht aber bei erbeigenen oder erbmeyerstättischen Gütern, Anwendung.

3) Stehe endlich auch jener Behauptung, daß er durch Annahme des Brautschatzes seinem Anerberechte renunciiret habe, die exceptio doli entgegen, da er, ohne zu wissen und ohne belehrt worden zu seyn, was die Annahme eines Brautschatzes für ein Präjudiz mit sich führe, durch seine Mutter und Schwester verleitet worden sey, ihn anzunehmen.

§. 8.

dahin, daß inter ascendentes, descendentes et collaterales in primo gradu, die Eigenbehörige zu der Succession verstattet, auch reciproce hinwiederum mit den freien Leuten es also gehalten, der gnädigsten Herrschaft und Gutsherrn aber allemal das mortuarium reservirt und vorbehalten seyn, auch ein jeder Successor, nach Beschaffenheit der Servitut oder Libertät, auf dem Lande oder in den Städten, sich qualificiren sollte.

§. 8.

Aus Querulatens Exceptions-Schrift bemerken wir nur folgendes: Was die römischen Rechte über die Veräußerung der Güter der Minorennen verordneten, habe nach deutschen Rechten auf Bauerngüter keine Anwendung, welche mit elterlicher, gerichtlicher und gutsherrlicher Bewilligung, nach der nothwendigen Erforderniß des Kolonats, einem ältern Kinde, gegen ein Abfindungsquantum oder Versorgung des jüngsten Kindes, welches zur Verwaltung des Kolonats in sehr vielen Jahren noch nicht tüchtig sey, übertragen werden könnten. Daß

ad a) der vormalige Anerbe des ganz herunter gekommenen Kolonats im Jahre 1778 erst 7 Jahre alt gewesen, sey Seelen- und Leibes-Unfähigkeit genug, daß er das Kolonat nicht habe verwalten, nicht conserviren, solches nicht in bessere Umstände versetzen, seine Mutter und Geschwister auch nicht habe erhalten und erziehen können.

Der zugeschobene Eid sey unbedeutend, und er wolle dem Querulanten dasjenige, was er dadurch zu beweisen vorhabe, gern zugeben. Denn mit 2 Pferden könne sein Kolonat nicht bestehen, sondern es müßten wenigstens 4 bis 5 Pferde darauf gehalten werden. Ferner wären darauf 2 ganz vollständig beschlagene Wagen, 2 Pflügge, 3 bis 4 Eggen, unentbehrlich gewesen. Und eben so habe das Kolonat, ohne eine ver-

verhältnißmäßige Anzahl von Kühen, Rindern, Kälbern und Schweinen, ohne allen Vorrath von Korn zur Aussaat der Sommerfrüchte, ohne das bis zur Erndte erforderliche Brodkorn, und ohne die bis dahin unentbehrliche Futterung fürs Vieh, nicht erhalten werden können.

Ferner sey es

ad b) bloße Erdichtung, daß in modo procedendi gefehlt, weil hier alles, was erforderlich gewesen, beobachtet, und die Bestellung der Vormünder, indem die Mutter noch gelebt, nicht nöthig gewesen sey;

Zudem habe Querulant

ad c) dadurch, daß er nach erlangter Majorenität, bei seiner Verheirathung im Jahre 1794, das Kolonat sich nicht habe verschreiben lassen, sondern in dem Eheprotokoll bekannt habe, daß er keine eigene Güter besitze und beziehen könne, auch sich den Brautschatz und die Aussteuer von dem Gute habe ausbezahlen lassen, auf alle weitere Ansprüche stillschweigend renunciirt. Denn

ad 1) sey Querulant zu der Annahme des Brautschatzes und der Aussteuer nicht verleitet, und könne ihm das beneficium restitutionis in integrum nicht zu statten kommen, fürnemlich da seine leibliche Mutter die Abtretung des Kolonats zur Conservation desselben besorgt habe, und Kinder die facta ihrer Eltern prästiren müssen, et talia facta, ut maneat honor parentibus illibatus

et

et intactus, omnem excludunt restitutionem.

L. 2. C. qui et adv. quos in integr. rest. non possunt.

ad 2) Fänden die angeführten Fälle hier keine Anwendung, und sey in einem von diesen nur die Frage darüber, ob ein Eigenbehöriger, der sich freigekauft, und auf freie Güter geheirathet habe, in seinen vorigen Stand wieder zurück treten, und ein Successions-Recht auf sein vormaliges eigenbehöriges Kolonat wieder prätendiren könne?

Ludolf lehre in alleg. Contin. Obs. forens. Obs. 155. de colonis in Comitatu Lippico pag. 196. edit. de 1732.

in num. 1:

Separati liberi per constitutionem dotis et portionis filialis, a successione in praedio sunt exclusi;

ferner daselbst in num. 2:

nihil est insoliti, neque juri colonario adversum, ut impubere existente filio, vel filia, huic constituatur portio haereditaria, alius vero adsumatur a domino, colono; non enim est tale jus liberorum haereditarium, ut non sit potius jus domini, hicque obstrictus sit praecise, ad constituendum administratorem, usque dum filius

filius vel filia ad aetatem maturam perveniant.

Dieses sey hier um so passender, weil Querulant nie ein Anerberecht an dem in Frage stehenden Kolonate gehabt habe, und es auch gar nicht auf seine Gedanken ankomme, welche er bei Anforderung und Annahme seines Brautschatzes und seiner Aussteuer gehabt haben wolle und möge, womit denn auch zugleich das widerlegt sey, was

ad 3) Querulant de dolo träume.

§. 9.

Aus der Replik und Duplik finden wir nicht nöthig, etwas weiter anzuführen.

Die Akten wurden hierauf an die Juristen-Facultät nach Wittemberg geschickt, und von dieser das vorige Urteil bestätigt.

Die Gründe lauteten so:

Ob wol Kläger durch das vorige Urteil um deswillen beschwert zu seyn vermeinet, weil er mit seiner Klage abgewiesen, und die Uebertragung des Kolonats an seine Schwester als rechtsgültig angesehen worden, und daß anders als geschehen erkannt werden sollen, es um so mehr das Ansehen gewinnen dürfte, da die Güter minderjähriger Personen anders nicht, als wenn hiezu eine nothwendige Ursache vorhanden, die Obrigkeit zuvor die Sache behörig untersucht, und sodann hiezu Erlaubniß oder ein Dekret ertheilet, veräußert werden dürfen,

L. 5.

L. 5. §. 11. ff. de reb. eor. qui sub tut.
L. 6. C. de praed. et al. reb.
Leyser sp. 344. med. 1. seqq.
auch hiebei vorausgesetzt wird, daß den Pupillen, welche keine Eltern mehr haben, Vormünder, welchen deren Bestes zu besorgen oblieget, bestellet werden, und wenn also auch die am 24. Sept. 1782 ergangene Landesherrliche Verordnung, als ein neueres Gesetz, auf den jetzigen, 1778 ereigneten, Fall nicht anzuwenden stehet, dennoch Kläger hierin die Verordnungen des gemeinen Rechts zu statten zu kommen scheinen, anerwogen aus dem beigelegten Amts-Protokolle vom 5. Mai 1778 sich zu Tage leget, daß nicht Klägers Schwester, welche sich damals mit G. verheirathet, sondern deren damals 7jähriger Bruder, der Anerbe der elterlichen Stätte gewesen, und selbiger sein Recht, zumal er mit keinem Vormunde versehen gewesen, auf eine gültige Art an seine Schwester nicht abtreten können; Beklagter auch nicht abzuleugnen vermocht, daß, wenn das Kolonat bis zu des Anerben mannbaren Jahren hätte conservirt werden können, Kläger nach dem Tode seines minderjährigen Bruders wieder Erbe des Kolonats geworden wäre; Kläger auch anführet, daß zu der Zeit, da sein Vater verstorben, das Leibzuchts- und Meyerhaus wieder aufgebauet, und die dieserwegen kontrahirten Schulden bis auf 140 Rthlr. wieder getilget gewesen, auch darüber, daß nicht mehr

mehr Schulden, im Gegenteil aber verschiedene beträchtliche Inventarienstücke vorhanden gewesen, seiner Schwester den Eid deferiret, und zugleich behauptet, daß ihm dieserwegen sein Recht auf das Kolonat nicht entzogen, sondern solches bis zu seiner Volljährigkeit administrirt, oder auch verpachtet werden können, anbei aber auch die Meinung heget, daß das Kolonat anders nicht, als mit Landesherrlicher Confirmation, auf seine Schwester habe transferirt werden können, weil diese allein den Mangel der fehlenden Vormünder ergänzt haben würde; die Bestätigung des Amts hingegen, auch die erfolgte Gutsherrliche Einwilligung, diesen Mangel nicht ersetzt habe; hiernächst Kläger dafür halten will, als ob dadurch, daß er einen Brautschatz aus dem Kolonate erhalten und angenommen habe, keine stillschweigende Entsagung des Anerberechts zu folgern sey, zumal da er noch unmündig, auch nicht bevormundet gewesen, und ihm daher, wegen der erlittenen Läsion, die Wiedereinsetzung in vorigen Stand vor Ablauf des Quadriennii zu statten kommen müsse; auch im übrigen, daß er nicht gewust, was die Annahme des Brautschatzes für nachtheilige Folgen nach sich ziehe, vorschützet, und seinen Gegnern, weil sie ihn dazu verleitet, exceptionem doli entgegensetzet; zugleich aber auch der Beklagte zu erweisen schuldig sey, daß er durch die Annahme des Brautschatzes seinem Anerberechte renunciirt habe.

Den-

Dennoch aber und dieweil aus dem Berichte, welchen das Amt erstattet, abzunehmen, daß im Jahre 1773 das Meyer- und Leibzuchtshaus auf diesem Hofe abgebrannt, und von dem Inventarium wenig gerettet worden sey, auch nach dem Zeugniß der Gutsherrschaft das Gut nur dadurch gerettet werden können, daß die Mutter solches ihrer åltesten mannbaren Tochter übertragen, und aus dem Amtsprotocoll sich veroffenbaret, daß der damalige Anerbe, welcher nachher verstorben, erst 7 Jahre alt gewesen, mithin die Nothwendigkeit erfordert, das Gut wieder an einen guten Wirth zu bringen, hiezu sich aber eine günstige Gelegenheit durch die Heirath der åltesten Tochter gezeigt, und daher von der Mutter, welche ohnehin die Vermuthung für sich hat, daß sie gleiche Liebe gegen ihre Kinder hege, der Hof an ihre mannbare Tochter, um selbigen wieder aufzuhelfen, überlassen worden; auch die Uebertragung des Kolonats, sowol mit Einwilligung der Obrigkeit als des Gutsherrn geschehen, und die von dem Amte angezogene Observanz, daß in åhnlichen Fållen auf gleiche Art verfahren worden, durch die beigebrachten Anlagen hinlånglich dargethan worden; auch Klåger, daß Beklagter dem Kolonate wieder aufgeholfen, die Kinder auf dem Hofe erzogen und ausgesteuert, die Leibzucht gehörig pråstiret, die gemachten Schulden getilget, das Inventarium ergånzet, nicht abredig seyn können; und Beklagter diejeni-

jenigen Umstände, worüber ihm Kläger den Eid deferirt, eingeräumet, und anbei mit Grunde excipirt, daß die Eides-Delation um deswillen, weil die vorhandenen wenigen Inventarien-Stücke zur Bestreitung der Guts-Wirthschaft nicht hinlänglich gewesen, nichts relevire; der rechte Anerbe aber, weil das Gut bei dessen Leben, mit gerichtlicher und gutsherrlicher Einwilligung aus dringender Noth geschehen, bereits auf seine Schwester transferirt worden, ein Recht, welches er bei seinem Leben nicht mehr gehabt, auf Klägern nicht bringen können, auch die von Kläger vorgeschlagene einstweilige Administration oder Verpachtung bei den schlechten Umständen, worin sich damals der Hof befunden, kein schickliches Mittel gewesen seyn würde, selbigen dem Kläger bis zu seiner Volljährigkeit zu erhalten; dem Kläger aber auch hauptsächlich der Umstand im Wege stehet, daß er sich 50 Rthlr. aus dem elterlichen Hofe als Brautschatz auszahlen lassen, und zwar dieses um so mehr, da der Anerbe dadurch, daß er einen Brautschatz aus dem Gute erhält, durch dessen Annahme tacite und ipso facto sich seines Rechts begiebt,

Struben Com. de jur. vill. cap. 5. §. 7.
Pufendorf Tom. 2. obs. 33

und hiebei der von Kläger angegebene Unterschied nicht gemacht zu werden pflegt; vielmehr die Annahme eines Brautschatzes als ein Beweis von der auf seinem Gute geschehenen Abfindung,

dung, und als eine Entsagung des Anerberechts angesehen wird;

Strube in rechtl. Bedenken Th. 3. Nr. 18. in übrigen kein Zweifel ist, daß die Obrigkeit mit Einwilligung der Gutsherrschaft solche Verfügungen treffen könne, wodurch der Verfall der Güter verhütet, im Gegenteil aber deren Nutzen und Wohlstand befördert wird, auch hiezu die Landesherrliche Bestätigung nicht erforderlich ist.

---

549. Meditation.

Ein Eigenbehöriger ist nicht verbunden, das, seinem Kinde bei dessen Verheirathung mitzugeben versprochene Vermögen, wenn es einen Freibrief löset, eidlich zu manifestiren.

§. 1.

Nach der hiesigen Landesherrl. Verordnung vom 18. Nov. 1756, und der hierauf Bezug nehmenden vom 10. Jenner 1800, muß, wenn ein Eigenbehöriger den Freibrief nachsucht, zur Bestimmung der herkömmlichen Abgaben dafür, dessen gesammtes Vermögen, mithin alles, was er sowol an Brautschatz, als an erworbenen Baarschaften, oder ausstehenden, oder solchen Geldern, welche er zur Zeit seiner Verheirathung, oder der nachgesuchten Manumission, auf irgend eine Art erhalten hat, genau und bestimmt angegeben werden. Treten Verdachtsgründe ein, daß diese Angabe nicht mit pflichtmäßiger Treue geschehen ist: so leidet es keinen Zweifel, daß dem Eigenthumsherrn, bei seinem unverkennbaren Interesse, freistehe, von demjenigen, der die Freilassung nachsucht, die Ausschwörung des Manifestations-Eides zu begehren; indem solcher nicht anders, als eine eidliche Specification anzusehen ist, quippe quae

est

est designatio seu manifestatio rerum indicandarum ei, cujus interest, notitiam illarum habere, jurisjurandi religione stabilita.

Cramer Obs. jur. univ. P. 4. obs. 1. §. 34. p. 426.

§. 2.

In Beziehung auf obige Grundsätze verlangte ein Gutsherr, bei Verheirathung seiner, um die Freilassung nachsuchenden, Eigenhörigen, der ihr Vater, ein bekanntlich vermögender Mann, nur den Policeiordnungsmäßigen Brautschatz hatte verschreiben lassen, von diesem die eidliche Manifestation desjenigen Vermögens, welches er an seine zu verheirathende Tochter überhaupt mitzugeben versprochen habe. Der Vater hielt sich aber hiezu nicht schuldig und verlangte vielmehr, weil er von den 80 Rthlr. das Freikaufsquantum bezahlt habe, von dem Gutsherrn die Auslieferung des Freibriefes.

§. 3.

Wie es nun hierüber zur Klage kam, wurde in dem Erkenntnisse das Gesuch des Gutsherrn, wegen des verlangten Manifestations-Eides, für unstatthaft erklärt, und derselbe in die Proceßkosten verurteilt. Denn jede Klage

setzt eine Verletzung des Rechts voraus, mithin kann solche nur gegen dasjenige Subjekt angebracht werden, welches das behauptete Recht verletzt. Diese passive Legitimation zur Sache ist aber von dem Kläger keinesweges erbracht, vielmehr augenfällig, daß dem Beklagten die Eigenschaft des eigentlichen Gegners nicht beigemessen werden kann. Denn nicht er, sondern seine Tochter hat den Freibrief gelöset; nicht er zahlet also die Abgabe für die Manumission, sondern sie von dem gesammten Vermögen, was sie in jenem Zeitpunkte besaß. Der Beklagte bediente sich seines Rechts, wenn er aus seinem Erwerbe den gesetzlichen Brautschatz vermehrte, oder Schenkungen machte, und wie er damit die Gerechtsame des Gutsherrn nicht verletzte; so konnte er desfalls auch mit keinen Ansprüchen behelligt, und ihm nicht zugemuthet werden, über einen, von seiner Willkühr abhangenden, Akt der Wohlthätigkeit, den Manifestations-Eid zu leisten, zumal dieser Eid ohnehin unwirksam bleiben würde, quia juramentum ab uno praestitum, alteri non prodest ad actionem, nec aliquod sui inde acquirendum,

L. 3. §. 3 ff. de jurejur.

überflüssige und zwecklose Eide aber nicht zulässig sind.

Kann nun Beklagter nicht verbindlich erachtet werden, die Stelle des Gegners in einer

Sache

Sache zu übernehmen, wo nicht ihm, sondern seiner Tochter, eine Rechtsverletzung beigemessen wird; so versteht es sich von selbst, daß auf sein, aus dem nemlichen Grunde ganz unstatthaftes Gesuch, dem Kläger die Auslieferung des bezahlten Freibriefes aufzugeben, nicht reflektirt werden könne.

---

550. Meditation.

Ein Rechtsfall: über die Gültigkeit einer Schenkung eines Eigenbehörigen.

§. 1.

Eine, von einem leibeigenen Bauern errichtete Schenkung wurde hauptsächlich aus dem Grunde angefochten, weil dem Eigenbehörigen keine freie Disposition über seine Güter zustehe. Der Fall war dieser: Nach dem Absterben des Kolonus S. heirathet dessen Witwe, eine Schwester des Kolonus G., den nachgebohrnen Sohn von dem Kolonate des B.; und verspricht derselbe bei dieser Gelegenheit diesem seinem Schwager und dessen Kindern 100 Rthlr. zu geben. In dem darüber entworfenen Aufsatze heißt es wörtlich so:

Ich als I. H. B. ich bekenne und bezeuge, daß ich gestehe, meiner Frauen Bruder und ihrer Schwester Kinder hundert Thaler zu geben. Das hat sie ihnen vermacht, wenn sie ohne Erben stirbt.

Eine Summe von 13 Rthlr. hat G. geständigermaßen erhalten, ob als abschlägliche Bezahlung, oder als Darlehn, das erhellet jedoch aus den Akten nicht.

Der Kolonus G. belangte nun den auf das Ssche Kolonat geheiratheten B., auf die Bezahlung der geschenkten 100 Rthlr., nach Abzug

zug der darauf schon erhaltenen 13 Rthlr., und wurde der Beklagte auch hiezu für schuldig erkannt.

§. 2.

Die Gründe dieses Erkenntnisses lauteten so:

Eine schon aus dem Begriffe der Leibeigenschaft eines Instituts,

deſſen Grund auf einer vertragsmäßigen Uebereinkunft beruht, die zwischen dem Begüterten, der Grund und Boden zur Cultur verleiht, und zwischen dem Unbemittelten, der zur Sicherheit dessen, was man ihm anvertrauet und von ihm für die Benutzung zu fordern hat, vorzüglich nur seine und seiner Kinder Personen verbürgen kann, obwaltet.
Danz Handbuch des heutigen d. Privatr. §. 537.

sich ergebende nothwendige Folge ist es, daß dem Leibeigenen an dem ihm zur Benutzung eingeräumten Gute, kein Eigenthumsrecht zustehen kann. Er hat nur das dominium utile, percipirt nur die Früchte desselben; und wenn ihm gleich in einigen Ländern, und namentlich in Westphalen, mehrere Kolonatsrechte und vorzüglich ein Erbrecht zusteht: so kann er doch so wenig über die Substanz seines eigenbehörigen Hofes ohne Gutsherrlichen Consens disponiren, als wenig er überhaupt zur Unternehmung einiger Handlungen befugt ist, die mit den,

den, dem Leibherrn über sein Gut sowol, als über seine Person competirenden Rechten, in Widerspruch stehen.

Diese, aus dem Wesen der Leibeigenschaft fließenden, rechtlichen Grundsätze, bestätigen auch die hiesigen Fürstl. Lippischen Landesgesetze. So verordnet schon die Policei-Ordnung von 1620. §. 1.

> daß kein Bauersmann, ohne Guts- und Landesherrlichen Consens, seine unterhabenden meyerstättischen Güter verkaufen, versetzen, mit einiger Dienstbarkeit beladen, oder mit Schulden beschweren, solches alles vielmehr hiermit gänzlich verboten seyn, auch was hiergegen auf einige Wege gehandelt, nichtig und kraftlos, der Verbrecher seines Meyerrechts und der Auslehner seines Geldes verlustig seyn solle,

und die Verordnung vom 11. März 1750 bestätigt diese gesetzliche Verfügung mit dem ausdrücklichen Zusatze:

> daß die Justiz-Collegien über dieses principium strikte zu halten, und davon unter keinerlei Prätext und ohne Unterschied, ob es des Landesherrn eigene, oder anderer Landsassen eigenhörige und meyerstättische Güter concernire, abgehen sollen,

womit denn auch die Hypothekenordnung von 1771 §. 26. übereinstimmt.

So wie es aber eines Teils hiernach keinem rechtlichen Zweifel unterworfen seyn kann, daß alle,

alle, diesen Gesetzen zuwider laufenden, Geschäfte und Handlungen des Leibeigenen, nicht allein für den Gutsherrn keine verbindliche Kraft haben können, sondern vielmehr selbst rücksichtlich der kontrahirenden Teile null und nichtig sind: so gewiß ist es doch auch andern Teils, daß dem Eigenbehörigen in allen denen Fällen, wo weder über die Substanz des Guts kontrahirt worden ist, noch auch sonst die Rechte des Gutsherrn gefährdet werden, die Befugniß, auch ohne die Einwilligung des letztern zu kontrahiren und über das Seinige zu disponiren, nicht abgesprochen werden kann. Mit Grunde behauptet daher

Danz am a. O. §. 552.

Alle übrige gemeine, persönliche und dingliche Rechte freier Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft, welche mit den bisher aufgezählten, aus der Dienst- und Zinspflicht entstehenden besondern Gerechtsame des Leibherrn in keinem Widerspruch stehen, sind übrigens dem deutschen Leibeigenen so gut zuständig, als dem Leibfreien. Ueber das rechtmäßig erworbene freie Eigenthum hat derselbe volle Dispositions-Befugniß unter den Lebendigen; nur darf er überhaupt auf diesem Wege die ihm obliegende Dienst- und Zinspflicht nicht schmälern, noch auch besonders das Besthauptrecht der Herrschaft gefährden;

wie er denn auch namentlich zwar unter den Leben-

Lebendigen, Schenkungen vorzunehmen, dies keineswegs aber mortis causa, und zwar aus dem Grunde zu thun berechtigt ist, weil dadurch das der Gutsherrschaft competirende Mortuarium gefährdet werden würde.

Runde Handbuch des allg. deutsch. Privatr. §. 552.

Auch unsere Landesgesetze berücksichtigen überall diesen wesentlichen und folgereichen Unterschied, und sprechen, wenn sie gleich alle, zum Nachtheile der Gutsherrlichen Rechte gereichenden, Handlungen und Kontrakte der Leibeigenen verbieten und respective annulliren, denselben gleichwol von der Erfüllung derjenigen Verbindlichkeiten keineswegs frei, die er rücksichtlich seines eigenthümlichen und erworbenen Vermögens übernommen hat. Sie verbieten nur alle diejenigen Kontrakte, die das Gut selbst, ohne Einwilligung des Gutsherrn, deterioris conditionis machen. Die Distractionsordnung von 1771 §. 4. verordnet aber ausdrücklich:

daß, wenn sonst der Eigenbehörige Schulden kontrahirt hat, die Execution auf dessen Mobilien und Moventien vollstreckt werden solle.

Bei Entscheidung des vorliegenden Falls kommt es daher einzig und allein auf die Beantwortung folgender zwei Fragen an:

1) ob hier überhaupt eine Schenkung in der Mitte liegt? und

2) ob

2) ob sie zu Recht beständig genannt werden kann?

Auf 1. Mag es auch immer mit Gewißheit behauptet werden können, daß ein in rechtlichen Geschäften mehr erfahrner Mann, als der Beklagte ist und seinem Stande nach seyn kann, die Schenkungsurkunde, sowol in Rücksicht ihrer Form, als der darin gebrauchten Schreibart, auf eine zweckmäßigere Art eingerichtet haben würde: so sind dies doch nur, sobald von der Intention des Donators, zu schenken, konstirt, Dinge, die bei rechtlicher Entscheidung der Frage: ob eine Schenkung zu Recht bestehen kann oder nicht? keine Berücksichtigung verdienen. Zu ihrer Gültigkeit ist, sobald der Wille des Schenkers auf keinem Zweifel beruhet, nichts weiter, als die aus der Natur eines pacti fließende Einwilligung des donatarii, die Acceptation des Geschenks erforderlich, und diese kann sowol verbis als factis declarirt werden.

Hellfeld jurispr. for. §. 1695.

Der Bejahung der Frage: ob der Beklagte wirklich Willens gewesen sey, dem Kläger 100 Rthlr. zu schenken, und diesen Willen in der Schenkungsurkunde erklärt habe? steht nun wohl kein rechtserheblicher Grund entgegen. Er bezeugt und bekennt in derselben, daß er gestehe, dem Bruder seiner Frau und ihrer Schwester Kindern 100 Rthlr. zu geben. Ein Ausdruck, der im gemeinen Leben und in

der

der Sprache des Volkes, das von dem Gebrauche rechtlicher Kunstworte wenigstens keine deutliche Begriffe hat, aber auch dann in der Büchersprache selbst mit schenken gleichbedeutend ist, wenn es absolut und ohne Beifügung eines andern Geschäfts gebraucht wird. Niemand wird, wenn er sagt: ich gebe dir 100 Rthlr., an der Absicht, sie zu verschenken, zweifeln; so wie an der andern Seite, wenn man die Worte: um meine Schuld zu bezahlen, hinzufügt, niemand die Meinung, mit jener Summe eine Schuld zu tilgen, verkennen wird. Die Form des Schenkungsakts, so wie die Worte, deren sich der Donator zur Erklärung seines Willens bedient, können aber dabei schon um deswillen in keinen rechtlichen Betracht gezogen werden, da das pactum donationis mit keinen Solennien verbunden ist, folglich auch zu seiner Gültigkeit keines schriftlichen Aufsatzes bedarf. Die Wirklichkeit der Schenkung beruht aber, in dem vorliegenden Falle, auf dem eigenen Bekenntnisse des Beklagten und auf seine Agnition der Urkunde. Und eben so wenig läßt sich an der geschehenen Acceptation des Geschenks zweifeln, da diese schon aus der Aushändigung der Urkunde und aus dem Besitz des Klägers bis zur erhobenen Klage, ersichtlich ist. Die Anführung einer causae debendi erfordern aber die Gesetze nirgends, sie steht vielmehr mit dem Begriffe einer Schenkung, per quam dominium

nium rei donatae, gratis et ut liberalitas exerceatur, transfertur, die also eine rechtliche Verbindlichkeit von selbst ausschließt, im offenbaren Widerspruche.

Ob übrigens hier eine Schenkung unter den Lebendigen, oder mortis causa in der Mitte liege, das ist zwar, da das am Ende der Urkunde befindliche Wort vermachen, auf letztere zu deuten scheinet, einigermaßen zweifelhaft, indessen sind die für die erstere streitenden Gründe überwiegender.

Der Beklagte redet, wenn er

bezeugt und bekennet, dem Bruder seiner Frau und ihrer Schwester Kindern 100 Rthl. zu geben,

von sich selbst und von dem, was er, da er die Anforderbarkeit des Geschenks an keine Zeit und an keine sonstige Bedingung verknüpft, noch bei seinem Leben zu thun Willens ist.

Anders verhält es sich aber, wenn er weiter fortfährt:

das hat sie ihnen vermacht, wenn sie ohne Erben stirbt,

indem er hier von dem, was seine verstorbene Frau, und zwar, da er von diesem facto in praeterito spricht, schon früher versprach, als die hier vorliegende Schenkung errichtet wurde Dieser erwähnte er nur Beziehungsweise und als Beweggrund seiner eigenen Handlung, nicht aber in der Absicht, um das unbeerbte Ableben seiner Ehefrau, als den terminum a quo der Schen-

Schenkung, festzusetzen. Denn wäre dies der Fall: so würde er es ausdrücklich bestimmt und als seinen eigenen, nicht seiner Ehefrau Willen, der Schenkungsakte einverleibt haben; nicht zu gedenken, daß der Beklagte selbst nicht einmal eine solche Behauptung aufstellt, ungeachtet sie seiner Intention, die Schenkung zu zernichten, völlig zur Seite stehet, und folglich auch, wenn sie in der Wahrheit gegründet wäre, von ihm darauf Bezug genommen seyn würde.

Auf 2. Daß nun aber der Leibeigene über sein eigenthümliches und erworbenes Vermögen gültig disponiren könne, und daher die dieserhalb eingegangenen Verträge zu erfüllen verpflichtet sey; das leidet unter den bereits oben gemachten, aus der Sache selbst fließenden Einschränkungen, keinen Zweifel.

Die angeführten Gesetze sprechen dem Eigenbehörigen facultatem disponendi nur ab, in so weit die von ihm geschlossenen Kontrakte das Gut selbst concerniren, oder in so weit die Gerechtsame des Gutsherrn dadurch geschmälert und gefährdet werden. Daß im vorliegenden Falle der Beklagte durch die gemachte Schenkung den Rechten seiner Gutsherrschaft zu nahe getreten sey, das läßt sich aber mit Grunde nicht behaupten. Die Donationsakte giebt den Fond, woraus das Geschenk berichtigt werden soll, nicht an, und man kann daher um so weniger annehmen, daß er dadurch die Rechte seines Leibherrn zu schmälern beabsichtigt habe,

da von keinem vermuthet wird, daß er den Gesetzen habe zuwider handeln wollen. Selbst die Zeit, aus welcher sich diese Schenkung herschreibt, widerlegt einen solchen Gedanken. Der Beklagte unterzeichnete die Urkunde mit dem Namen B, und aus diesem Umstande erhellt zur Genüge, daß er damals das Ssche Kolonat noch nicht erheirathet hatte, folglich auch nicht bemachtet war, über die Substanz desselben zu disponiren, oder auf dasselbe Schulden zu kontrahiren. Die Vermuthung streitet also immer dafür, daß es seine Meinung gewesen sey, das Geschenk aus seinem eigenen Vermögen zu berichtigen. Ueber dieses hat er freie Disposition, und der Gutsherr ist um so weniger berechtigt, die dasselbe betreffenden Verfügungen seines Leibeigenen umzustoßen, oder ihn in der Administration seines eigenthümlichen Vermögens auch nur einzuschränken, da die römischen Gesetze, nach welchen die Sclaven kein Eigenthum besitzen konnten, und alles was sie erwarben, ihrem Herrn acquirirten, auf das Institut der deutschen Leibeigenschaft keine Anwendung findet; der Eigenbehörige vielmehr, vorausgesetzt, daß er alle seinem Leibherrn schuldigen Prästationen gebührend entrichtet hat, durch alle an sich statthaften Erwerbarten zu einem wirklichen Allodium gelangen kann.

Danz am a. O. §. 552.

Steht ihm aber diese Befugniß zu, so kann ihm

ihm auch das Recht, in Ansehung dieses von ihm erworbenen Allodiums, gültige Veräußerungen vorzunehmen, mit Grunde nicht abgesprochen werden.

Die Landesverordnung vom 17. März 1767 steht dieser Befugniß im geringsten nicht entgegen, sondern redet von einem, von dem gegenwärtigen durchaus verschiedenen Falle. Sie verbietet den Leibzüchtern, den Brautschatz des auf die Stätte heirathenden jungen Meyers, auf irgend eine Art an sich zu ziehen, oder zu beknappen; sie schränkt aber das Recht dieses letztern über das bereits erworbene, oder künftig noch zu erwerbende Vermögen, Verfügung zu treffen, auf keine Weise ein. Daß aber durch die hier vorliegende Schenkung der Brautschatz des Beklagten geschmälert worden sey, oder der Kläger zum Nachtheil der Sschen Stätte sich bereichert habe, das kann bis jetzt um so weniger noch behauptet werden, da der Inhalt der Schenkungsakte zu einer solchen Behauptung nicht berechtigt, und für die Legalität derselben, bis zum erwiesenen Gegentheil, die Vermuthung streitet.

Ob übrigens der vorliegenden Schenkung ein, der Behauptung des Klägers zufolge, von dem Ehevorgänger des Beklagten gethanes Versprechen, den Sschen Kindern, bei seinen unbeerbten Ableben, seine Stätte hinterlassen zu wollen, vorher gegangen sey, und ob sich ferner dasselbe auf die von jenem, diesem an-

geblich

geblich geleisteten Dienste gründe, darauf kommt es zwar im vorliegenden Falle um so weniger an, da jenes Paktum eines Teils wegen ermangelnden Gutsherrlichen Consenses, wenn auch sonst dessen Daseyn erwiesen werden könnte, ungültig gewesen seyn würde, und es andern Teils über dies durch die nachfolgende Schenkung aufgehoben wurde; indessen kann dieselbe als ein der Ehe in den Weg gelegtes illegales Hinderniß, oder gar als eine conditio turpis eben wenig angesehen werden. Dieser Gesichtspunkt würde um so unrichtiger seyn, da weder der Beklagte seine Behauptung, daß die Ehe, wenn er sich zu dieser Schenkung nicht verstanden hätte, nicht zu Stande gekommen seyn würde, erwiesen; noch auch, wenn er sie erweisen könnte, sich darum behaupten ließe, daß eine solche Bedingung den guten Sitten zuwider, und daher ungültig wäre. Die Ehefrau des Beklagten war unstreitig befugt, über ihre Person zu disponiren, und die Eingehung der Ehe an gewisse, von demselben vorher zu erfüllende, Bedingungen zu knüpfen. Darin lag nichts Unerlaubtes; der Grund, die ihr angeblich geleisteten Dienste des Klägers, der sie zu dieser Maaßregel, hier zu einer Schenkung bestimmte, mochte nun wahr oder nur eingebildet seyn. Noch weniger kann dies aber dann behauptet werden, wenn sich, wie hier, ein Dritter auf den Fall der Eingehung einer Ehe, ein Geschenk stipulirt. Denn hier hing es von dem eigenen

Willen

Willen des Beklagten ab, ob er die Bedingung, unter welcher er zur Berichtigung der Schenkung verbunden war, erfüllen wollte oder nicht. Hier lag also das Hinderniß der Ehe an ihm selbst, nicht aber an dem Kläger.

Unbezweifelt muß also die vorliegende Donation für gültig, und der Beklagte für verbunden geachtet werden, die geschenkte Summe an den Kläger zu bezahlen. Indessen versteht sich dies allerdings nur unter der ausdrücklichen Voraussetzung, daß sie unbeschadet der Substanz des Kolonats, und den übrigen Gutsherrlichen Rechten unnachtheilig, aus der Masse seines Allodial-Vermögens bestritten werden kann. Weiter erstreckte sich die Dispositions-Befugniß desselben nicht; über diesen Fond hinaus konnte er sich also auch auf eine rechtsbeständige Art nicht verbinden.

Ob nun aber das Allodium des Beklagten zur Klaglosstellung des Klägers hinreicht, das läßt sich zwar, da dieser es behauptet, jener aber es in Abrede stellt, bis jetzt noch nicht bestimmen, indeß kann dies einen Grund, auf vorherigen Beweis dieses Umstandes zu interloquiren, um so weniger abgeben, da sich bei, entweder freiwilliger Befolgung, oder rechtlicher Vollstreckung des gegenwärtigen Erkenntnisses, welche nur un-

ter

ter der, in den Landesgesetzen vorgeschriebenen, Einschränkung geschehen darf,

Distrations-Ordnung von 1597. §. 13, und von 1771. §. 4.
Hypotheken-Ordnung von 1771, §. 30.

die Suff- oder Insufficienz des Vermögens des Beklagten ohnehin von selbst ergeben wird.

---

551. Meditation.

Ueber die Gewährsleistung bei Erbverpachtungen, und besonders über den Fall: ob unter dem Verbot, meyerstättische Güter zu verkaufen und zu versetzen, auch die Erbverpachtung begriffen sey?

§. 1.

Ein, von jemand in Erbpacht unterhabendes, zu einem meyerstättischen Gute gehörendes Grundstück, wurde einem Dritten, der solches schon vor der Erbverpachtung als sein Eigenthum gerichtlich in Anspruch genommen hatte, zuerkannt. Der Erbpächter, welcher das Grundstück an den Eigenthümer hatte abtreten müssen, klagte nun auf den, hiedurch für ihn entstehenden Schaden gegen den Erbverpächter. Dieser hielt sich zu keinem Schadens-Ersatz verpflichtet, und führte folgende — hier nur in Betracht kommende — Gründe dafür an: daß das Grundstück, worüber contrahirt worden, Zubehör eines kontribuablen meyerstättischen Guts sey, von welchem der Besitzer, nach dem Tit. II. §. 1. und 2. der hiesigen Fürstl. Lippischen Policei-Ordnung, ohne Landes- und Gutsherrlichen Consens, nichts veräußern, nichts davon separiren dürfe, bei Strafe der Richtigkeit. Der Kontrakt sey

also an sich nichtig, und keine Klage daraus zu begründen. Eben deswegen sey auch der Kontrakt, unter dem Vorbehalt der auf Kosten des Gegners nachzusuchenden Landesherrlichen Bewilligung abgeschlossen, welche er auszubringen sich nicht verpflichtet, sondern dieses dem Gegner überlassen habe. Ferner wäre dem Erbpächter der über dieses Grundstück vorhandene Proceß bekannt gewesen; er habe also gewußt, daß er nur auf Risico eine Erbpacht kontrahiren können, wenn der Proceß für den Erbverpächter günstig ausfallen werde.

Tacite enim juri evictionis praestationem exigendi potest renunciari, si nempe quis sciens rem alienam seu talem, cujus intuitu evictionem imminere scit, sibi acquirit, absque stipulatione evictionis praestandae.

Hellfeld jur. for. §. 1121.

§. 2.

In dem Erkenntnisse wurde Beklagter schuldig erkannt, den Kläger wegen erfolgter Entwährung des ihm in Erbpacht gegebenen Grundstücks angemessen so zu entschädigen, wie der demselben dadurch entzogene Vorteil, durch von beiden Teilen zu erwählende und eidlich zu verpflichtende Sachverständige, würde ausgemittelt werden.

Entscheidungsgründe.

Der zwischen beiden Teilen abgeschlossene Kontrakt ergiebt, daß dem Kläger das fragliche Grundstück für sich, seine Ehefrau und Nachkommen, gegen ein jährlich zu zahlendes Erbpachtsquantum von 34 Rthlr., wie auch Weinkauf zu 20 Rthlr. in Golde, überlassen worden ist. Der Kläger hat den Besitz dieses Grundstücks auf Michael 1799 erlangt, und solchen bis zum Jahr 1803 fortgesetzt, wo denn der sich angefundene Eigenthümer die Immission in dasselbe erhielt.

Die Entschädigungs-Ansprüche, welche der Kläger nach so erfolgter Entwährung der Erbpacht bildete, sucht der Beklagte zwar zu entfernen, jedoch sind die dafür angeführten Gründe nicht von Erheblichkeit. Denn

1. die Policei-Ordnung, nebst den übrigen darauf Bezug nehmenden Landesgesetzen, reden nur davon: daß kein Bauersmann seine unterhabenden meyerstättischen Güter, ohne Landes- und Gutsherrn Bewilligung, verkaufen, versetzen, mit einiger Dienstbarkeit beladen, oder mit Schulden beschweren soll, als welches gänzlich verboten, auch was hiergegen gehandelt, nichtig und kraftlos seyn soll.

Das Wesen und der Begriff einer Erbpacht besteht aber in einem, unter Vorbehalt des Grundherrlichen Eigenthums eingeräumten erblichen

lichen Benutzungsrechte eines Grundstücks, gegen Erlegung eines jährlichen gleichförmigen Zinses. Der Erbpächter besitzt also blos ein erbliches Benutzungsrecht, und dieses, nebst der Unveränderlichkeit des Zinses, sind die einzigen Befugnisse, die ihn von dem gewöhnlichen Pächter auszeichnen; in allen übrigen Fällen aber sind seine Verhältnisse nach den allgemeinen Grundsätzen der Pachtverträge zu beurteilen.

von Bülows und Hagemanns praktische Erörterungen B. 3. Nr. 22.

Auf den Erbpächter wird also kein Eigenthumsrecht übertragen, nicht in seinem eigenen, sondern in des Verpächters Namen, übt er den Besitz, für den das in Erbpacht gegebene Grundstück auch im Saalbuche aufgezeichnet bleibt. Wenn nun ein Grundstück dadurch, daß der Eigenthümer solches in Erbpacht giebt, nicht veräußert, versetzt, nicht mit Schulden, und eben so wenig mit einer Dienstbarkeit belastet wird, indem die Benutzung des Erbpächters durch den Miethzins compensirt wird: so folgt von selbst, daß, da den Besitzern von meyerstättischen Gütern keine Verpachtungen untersagt sind, auch die Constituirung einer Erbpacht nicht unter dem Landesherrlichen Verbote begriffen ist, zumal alle Ausnahmen und Einschränkungen streng ausgelegt, und nicht über den bestimmten Fall, wovon sie reden, ausgedehnt werden müssen;

Thibaut Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts §. 13.

indem, wenn auch der Grund eines Gesetzes auf andere Fälle anwendbar wäre, dessen ungeachtet nicht in allen Fällen, wo der Grund mehrere Folgen nach sich zieht, als das Gesetz bestimmt hat, dieses auch weiter, als es verordnet, ausgedehnt werden darf.

Kleins Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Fakultät B. 3. Nr. 4. S. 90 f.

Die Landes- und Gutsherrliche Einwilligung war demnach hier, bei einem erlaubten Rechtsgeschäfte, nicht ein nothwendiges Erforderniß, sondern konnte blos als nützlich in Betracht kommen.

Mevius P. 3. dec 36. nr. 10.

Wollte man aber auch annehmen, daß die Constituirung einer Erbpacht in die Categorie des Landesgesetzes gehöre: so würde dennoch der Anspruch des Klägers in rechtlicher Kraft bleiben. Denn das darin liegende Verbot ist nicht unbedingt, sondern das Gesetz beschränkt nur die Befugniß, in den angegebenen Fällen über meyerstättische Güter zu disponiren, auf die Bedingung des nachzusuchenden Landes- und Gutsherrlichen Consenses. Die Erfüllung dieses Vertrags war also bedingt möglich; und dem Erbverpächter, als dem damaligen putativen Eigenthümer des Grundstücks, lag in diesem Verhältnisse die Pflicht ob, die Bedingung zu erfüllen, mithin die Landes- und Gutsherrliche

liche Einwilligung zu dem von ihm eingegangenen Vertrage nachzusuchen. That er dieses nicht, und überließ er dennoch dem Kläger den Besitz des vererbpachteten Grundstücks: so konnte dieser die Existenz einer Bedingung voraussetzen, ohne welche der Erbverpächter nicht hätte kontrahiren, und den Kontrakt nicht wirklich in Erfüllung gehen lassen können; und wenn demnach der Consens nicht nachgesucht war, so war der Fall vorhanden, daß die Unmöglichkeit, den Vertrag zu erfüllen, nur dem Erbverpächter vollständig bekannt war, welchem daher die Verbindlichkeit obliegt, allen, dem Erbpächter dadurch verursachten, Schaden zu ersetzen. Stand es auch bei diesem, den Consens nachzusuchen, so war es doch keine Rechtsverbindlichkeit, wenn er gleich die dafür zu bezalenden Kosten übernommen hatte.

2. Die Pflicht, das übertragene Recht zu gewähren, findet nicht blos bei Geschäften statt, welche das Eigenthum einer Sache, sondern auch bei denen, welche andere dingliche oder persönliche Rechte übertragen.

L. 4 und 29. C. de evict.

Hat nun der Verkäufer oder der Verpächter ein Recht, nicht als ein ungewisses, sondern unbedingt auf einen andern übertragen, und sich durch einen besondern Vertrag von der Pflicht der Gewährsleistung nicht losgesagt: so muß er nicht blos das Empfangene zurückgeben, sondern auch das Interesse prästiren.

L. 21.

L. 21. C. de evict.
L. 11. §. 8 und 9 ff. de act. emt.
Voet. ad D. Lib. 21. Tit. 2. §. 31 und 32.

Nun geht aber aus dem Erbpachtskontrakte hervor, daß die Erbpacht des besagten Grundstücks, als ein gewisses Recht, unbedingt auf den Kläger übertragen, ihm also dadurch die gesetzlich begründete Befugniß geworden ist, wegen der Entwehrung eine angemessene Entschädigung zu begehren. Hat der Erwerber des evincirten Rechts wissentlich eine fremde Sache auf sich übertragen lassen: so erlischt freilich das Recht, Gewährsleistung zu fordern; allein dahin ist der Fall nicht zu zählen, wenn er wissentlich eine, in Streit befangene, Sache an sich brachte.

Struben rechtl. Bedenken B. 3. Nr. 103. S. 363.
Thibaut System des Pandektenrechts, §. 171.

Hiernach kann es also dem Kläger nicht zum Nachtheil gereichen, wenn er keine Kenntniß von dem, über das Eigenthum dieses Grundstücks mit einem Dritten obschwebenden Rechtsstreite hatte; zumal der Erbverpächter dieses Verhältniß weit genauer kennen, und nach seiner bessern Einsicht ermessen mußte, ob und in wie fern es gerathen sey, über ein Pertinenz dieses Guts so unbedingt zu disponiren, als es von ihm geschah.

552.

552. Meditation.

Nach welchen Grundsätzen muß der Richter, beim Beweise durch Kunstverständige, wenn ihre Meinungen getheilt sind, den Ausspruch thun?

§. 1.

Kann der Richter beim Beweise durch Kunstverständige, wenn sie in ihrem Urteile von einander abweichen, nach seiner Ansicht der Sache und der von den Kunstverständigen dafür vorgebrachten Gründe, den Ausspruch thun? Diese Frage ist unter den Rechtsgelehrten bekanntlich streitig, und in dem gemeinen Rechte nicht bestimmt entschieden (a).

Wenn die Stimmen der Kunstverständigen verschieden sind und nicht übereinstimmen: so glauben einige (b), daß der Richter diejenige Meinung wählen müsse, die mit den triftigsten Grün-

(a) Aus der L. 1. pr. ff. de insp. ventr. und L. 21. §. 3. ff. de testib. welche für und wider angeführt werden, kann man die Sache nicht entscheiden.

(b) Fredersdorf Anweisung für Justizbeamte Th. 2. Abschn. 2. §. 24. S. 314. Danz Grundsätze des gem. ord. bürg. Prozesses §. 356. S. 502.

Gründen belegt sey, weil der Richter an das Gutachten der Kunstverständigen nicht so genau gebunden sey, daß er nicht, durch andere, auch von den Partheien angeführte, Gründe bewogen, von demselben sollte abgehen können. Andere nehmen an, daß, wenn die Kunstverständigen unter sich nicht einer Meinung sind, die Mehrheit der Stimmen entscheide, — bei Verschiedenheit in den Summen durch Ziehung der Mittelzahl — ohne daß der Richter befugt sey, der Minorennität, weil sie etwa bessere Gründe für sich habe, zu folgen; und daß, wenn auf beiden Seiten gleiche Stimmenzahl ist, kein Gesetz das Urteil des Richters binde, und er, falls er Kenntniß dazu habe, dem, der Sache am angemessensten, Ausspruch der Kunstverständigen, folgen könne; sonst aber durch den Ausspruch anderer Kunstverständigen sein Urteil leiten lassen müsse (c).

§. 2.

Quistorp sagt in seinen rechtlichen Bemerkungen Th. 1. Nr. 109. S. 1. ganz richtig: Der Kunstverständige vertritt in Sachen, die in seine Kunst und Profession einschlagen, und worüber sein Zeugniß oder Gutachten verlangt wird, in gewisser Maaße die Stelle des Rich-

(c) Thibaut System des Pandektenrechts §. 671. S. 472.

Richters, und er muß gleichsam an seiner Stelle urteilen.

Der Richter kann und darf also in solchen Sachen, zu deren richtiger Beurteilung die Kenntniß einer besondern Kunst erfordert wird, nicht nach seiner Ansicht der Sache den Ausspruch thun. Von ihm kann man diese Kenntniß nicht erwarten, und wenn er sie auch über den zur Sprache gekommenen Gegenstand zufällig besitzen sollte: so wäre das eine Ausnahme, auf welcher keine allgemeine Regel gebauet, und nach welcher kein allgemeiner Rechtsgrundsatz angenommen werden darf. Die größte Willkühr würde sonst bei Entscheidung einer Kunstsache eintreten; und wie nachtheilig dieses seyn würde, ist leicht zu ermessen.

§. 3.

Man kann hiergegen auch nicht einwenden, daß der Richter hier nicht nach seiner von der Kunst habenden Kenntniß, sondern nach denjenigen Gründen sein Urteil fälle, welche die Kunstverständigen angegeben haben. Denn die richtige Beurteilung dieser Gründe setzt auch Kenntniß der Kunstsache voraus; ohne diese würde sonst der Richter durch gut vorgetragene Scheingründe sehr leicht getäuscht und irre geführt werden können.

Weit konsequenter, und auch weit sicherer handelt daher der Richter, wenn er, bei Verschiedenheit der Meinungen der Kunstverständigen, nach der Mehrheit der Stimmen seinen Ausspruch thut, und bei gleicher Stimmenzahl auf beiden Seiten durch den Ausspruch anderer Kunstverständigen sein Urteil leiten läßt (d).

(d) Gönner Erörterungen über den gemeinen Prozeß Nr. 22. S. 87.

553. Meditation.

Bei der Gewissensvertretung findet auch der Gegenbeweis statt.

§. 1.

In der 536. Meditation des 10ten Bandes führten wir im 4ten §. beiläufig an, daß bei der Gewissensvertretung der Gegenbeweis nicht statt finde, bemerkten jedoch in der Note, daß Gönner in den Erörterungen über den gemeinen Prozeß Nr. 29. das Gegenteil behaupte. So allgemein nun gleich jene Meinung von den Rechtsgelehrten angenommen wird, so wenig können wir solcher doch beipflichten, vielmehr scheinen uns die von Gönner für seine Behauptung, daß beim Beweise zur Gewissensvertretung derjenige, welcher den Eid zugeschoben hat, einen Gegenbeweis führen könne, vorgetragenen Gründe, dieser Streitfrage hinlänglich den Ausschlag zu geben.

§. 2.

Gegen diese Meinung führt nun zwar Thibaut in seinem System des Pandekten-Rechts im §. 648. an, daß, wenn bei der Gewissensvertretung demjenigen, welcher diesen Beweis geführt hat, solcher Beweis gelinge, er so behandelt werde, als ob er geschworen

habe,

habe, also dagegen, als Surrogat des Eides, kein Gegenbeweis statt finde, und nach der Bemerkung in der Note 5, sich so die Einwendungen bei Gönner umgehen ließen; allein durch diese Ansicht der Sache dürfte schwerlich ein anders Resultat herauskommen. Denn durch die Gewissensvertretung wird der angetragene Eid nur suspendirt, und derjenige, welchem er zugeschoben ist, wählet dafür ein anderes Beweismittel. Er ist also jetzt der Beweisführende Teil, folglich müssen auch seinem Gegenteile, dem Deferenten, gegen jenen gewählten Beweis, die sonst nach den Gesetzen zulässigen Vertheidigungsmittel, durch welche er den Beweis zu entkräften suchen will, gelassen werden. Und da zu diesen Vertheidigungsmitteln unstreitig der Gegenbeweis gehört: so würde es ungerecht seyn, wenn man hiebei dem Gegenteile solchen entziehen wollte.

§. 3.

Die Regel: Surrogatum sapit et sequitur naturam ejus, in cujus locum surrogatur, ist, wie bekannt, nicht allgemein richtig, findet in singularibus judiciis nicht statt, und kann hier, wegen der großen Verschiedenheit zwischen der noch nicht geschehenen Eidesleistung und der dafür gewählten andern Beweismittel, keine Anwendung finden. Wollte man aus diesem Grunde allein den Gegenbeweis ausschließen: so würde man auch eben

so

so gut den Gegner mit den Fragstücken auf die Beweisartikel des Gewissensvertreters ausschließen müssen, welches doch aber nicht geschehen darf (a).

§. 4.

Ludovici in seiner Einleitung zum Civil-Prozeß, behauptet im Kapit. 19. §. 34, daß hier der Gegenbeweis um deswegen nicht statt finde, weil dadurch dem Gewissensvertreter das rechtliche beneficium würde benommen werden, daß er sich hernach nicht abermals zur Leistung des Eides anerbieten könne.

Wenn diese Folge auch in allen Fällen richtig seyn sollte, wie doch nicht ist: so wäre das lediglich die Schuld des Gewissensvertreters, weil er für den Eid freiwillig ein anderes Beweismittel gewählt hat, und sich also auch den gesetzlichen Vorschriften unterwerfen muß, welche bei dem von ihm gewählten Beweismittel statt haben.

§. 5.

Andere Rechtsgelehrten (b), wie Gönner schon bemerkt hat, sehen die Gewissensvertretung

(a) Med. 536. im 10ten Bande.

(b) *Schaumburg* prax. jur. jud. Lib. 1. Sect. 1. membr. 3. cap. 5. §. 13. *Bauer* pr. de defensione conscientiae per probationem jure communi fundata. In dessen Opuscul. Tom. I. S. 383.

tung als einen Gegenbeweis an, und schließen daraus, daß wider einen Gegenbeweis kein Gegenbeweis geführt werden könne. Daß jener Satz unrichtig sey, hat Gönner schon hinlänglich gezeigt; und wie kann man auch die Gewissensvertretung als einen Gegenbeweis ansehen, da dieser doch einen Beweis des Gegners voraussetzt, welcher hier aber, durch die Suspension des zugeschobenen Eides, nicht da ist?

Ferner glauben sie, daß der Deferent durch die Eideszuschiebung sich aller seiner Beweise begeben habe. Auch hierauf hat schon Gönner geantwortet, daß dieser Verzicht nur unter der Bedingung angenommen werden könne, wenn die Sache durch die Eidesleistung beendigt werde; keineswegs aber, wenn derjenige, dem der Eid zugeschoben ist, den Stand der Sache ändere, und sich durch die Gewissensvertretung in die Stelle des Beweisführers setze.

§. 6.

Ueberhaupt aber ist die von uns angenommene Meinung unstreitig der Billigkeit am angemessensten. Sie verträgt sich ganz mit den bei Führung eines jeden Beweises angenommenen gesetzlichen Vorschriften; sie beraubt dem Deferenten nicht seiner Rechte und Vertheidigungsmittel; sie schadet auch dem Gewissensvertreter nicht; sie trägt zu mehrerer Aufklärung der streitigen Thatsache bei, setzt dadurch den

Gewissens-

Gewissensvertreter in den Stand, die Verhältnisse der ganzen Sache besser prüfen zu können, und verhindert so die Begehung eines Meineides, wozu mancher leichtsinnige Mensch, wenn etwa der von ihm geführte Beweis nicht gerade gegen ihn ausgefallen seyn sollte, nachher leicht verleitet werden könnte.

Dahingegen ist die gegenseitige Meinung, wie Gönner so überzeugend sagt, ungerecht gegen den Deferenten. Nach ihr hat derjenige, welchem der Eid zugeschoben ist, die Freiheit, davon abzuspringen, und sich aller für sich habenden Beweise zu bedienen; hingegen dem Deferenten werden sie abgeschnitten, und ihm sogar die rechtlichen Mittel zu seiner Vertheidigung benommen. Das heißt doch wol nicht blos unbillig, sondern auch ungerecht, wenn man so das Verhältniß der streitenden Teile verrückt, und auf diese Art den Gewissensvertreter, mit gänzlicher Hintansetzung des Deferenten, begünstigt.

554. Meditation.

Bei Beurtheilung der sich widersprechenden Zeugen-Aussagen muß man alsdenn, wenn die Zeugen gleich glaubwürdig sind, darauf besonders sehen, welche Aussagen die größte Wahrscheinlichkeit für sich haben, und mit der Natur der Sache am meisten übereinstimmen. Ein Fall darüber.

§. 1.

Der Zweck aller Beweise — sagt Danz in seinen Grundsätzen des gemeinen, ordentlichen bürgerlichen Prozesses im §. 260 — ist, den Richter von der Wahrheit zweifelhafter Thathandlungen, die auf die Entscheidung der streitigen Sache einen Einfluß haben, zu überzeugen.

So wahr dieser Satz gleich ist, so treten bei der Beurteilung des Beweises, zumal wenn die Aussagen der Zeugen beim Beweis und Gegenbeweis nicht übereinstimmen, ja wol gar in Widerspruch stehen, oft große Schwierigkeiten ein, welche den Richter in seiner Ueberzeugung leicht schwankend machen können. Es ist daher, besonders für angehende Rechtsgelehrte, denen vorzüglich diese Meditationen gewidmet sind, immer

immer nützlich, dergleichen Fälle bekannt zu machen.

§. 2.

In einem, zwischen dem Lande zweier Feldnachbaren herlaufenden, zur Ableitung des Wassers dienenden und beiden gemeinschaftlich zustehenden Graben, hatte der eine von ihnen, A. eine Stauung zur Beflößung der Wiese angelegt, welches die Witwe des andern, B., nicht zugeben wollte, weil diese Stauung vorhin nicht da gewesen, und nach dem Zeugniß des Dorfrichters und der Vorsteher, ihr schädlich sey, indem dadurch das ihr zugehörige, etwas niedriger liegende Land, unter Wasser gesetzt werde; weshalb sie denn im Jahr 1800 gegen A. klagend auftrat. Dieser behauptete dagegen, daß schon vor 30 Jahren die Beflößung seiner Wiese aus jenem Graben, mittelst der angelegten Stauung vorgenommen, und er in dem wohlhergebrachten Besitz derselben sey; worüber ihm der Beweis aufgegeben, und nachdem dieser und der Gegenbeweis geführt, folgendes Urteil erlassen wurde:

daß Beklagter dasjenige, was ihm zu beweisen aufgegeben ist, wie Recht nicht erwiesen habe, mithin nicht befugt sey, in dem, zwischen seiner Wiese und der Klägerin Lande hergehenden, gemeinschaftlichen Wassergraben, eine Stauung anzulegen, wie ihm denn solches für die Folge bei 5 Gfl. Strafe untersagt

tersagt wird. Die Kosten werden gegen einander aufgehoben und verglichen.

Entscheidungsgründe.

Denn wenn gleich der 1ste Zeuge auf den 7ten Artikel und den dazu gehörigen Fragen aussagt: daß in dem befragten Graben schon vor 20 und 30 Jahren eine Stauung gewesen sey, welcher Behauptung auch der 2te und 3te Zeuge, in ihren Aussagen auf den 8ten Artikel und die Fragen dahin beitraten, daß während ihrer Dienstzeit respective in den letzten 10 Jahren vor dem 7jährigen Kriege und von 1780 bis 1796, ferner von 1770 bis 1776, die Wiese des Beklagten jedes Jahr aus dem Graben beflößt sey, und daß die Stauung des Wassers so lange gedauert habe, als dieser das Wasser nöthig gehabt, daher denn auch, da die Stauung öffentlich geschehen, solche dem verstorbenen Ehemanne der Klägerin nicht unbekannt gewesen; weshalb denn hieraus auf eine ausdrückliche Einwilligung desselben um so mehr zu schließen seyn dürfte, weil derselbe, nach den Aussagen dieser Zeugen, so wenig die Stauung aufgerissen, als weniger derselben widersprochen hat; überdem auch, nach ihrer Behauptung, die Stauung selbst der Klägerin ganz unschädlich ist, da ihr Land höher, als die Wiese liegt; weshalb sie denn auch nach dem Rechtsgrundsatze: quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id cogi potes, sich der

jetzt

jetzt vorgenommenen Stauung zu widersetzen, nicht befugt zu seyn, es den Anschein hat: So kann doch, der Lage dieser Sache nach, hierauf um so weniger Rücksicht genommen werden, da des Beklagten Zeugen, und zwar der erste und dritte, nur von den Jahren respective 1770 bis 1779 die Stauung behaupten, von den letztern 20 Jahren aber nichts wissen; der zweite Zeuge hingegen nur allein von den ganz alten Jahren vor dem 7jährigen Kriege, und von den Jahren 1780 bis 1796 redet, also dieser Beweis hier, wo es auf einen, von Beklagten auch selbst immer behaupteten, rechtsverjährten Besitz ankommt, nicht hinreichet; besonders wenn man den, von der Klägerin geführten, jenem ganz widersprechenden Gegenbeweis dagegen hält. Denn so behauptet nemlich der zweite Gegenbeweis-Zeuge auf den 5ten Artikel, daß vor 15 bis 18 Jahren keine Stauung in dem Graben gewesen, und daß nach dem 6ten Artikel, erst vor 2 Jahren eine Stauung angelegt sey. Diese Aussagen gewinnen noch mehr Glauben, da auch der 3te, 4te und 5te Gegenbeweis-Zeuge auf den 6ten, 8ten und 13ten Artikel einstimmig aussagen, daß der Grabe immer offen gewesen sey; ja hiebei noch der 4te Gegenbeweis-Zeuge auf den 8ten und 10ten Artikel hinzusetzt, daß zwar einmal eine Stauung des Wassers von dem Beklagten vorgenommen worden, solche aber von der Klägerin verstorbenen Ehemann wegge-

weggerissen sey, weil er solches nicht habe zugestehen wollen; und daß auch nachher unter beiden wegen der Grenze ein Vergleich getroffen, und dabei ausdrücklich festgesetzt sey, daß künftig keine Aufstauung des Wassers mehr geschehen solle. Eben so wird denn auch von dem 1sten, 2ten und 4ten Gegenbeweis-Zeugen auf den 3ten, 4ten und 9ten Artikel bewahrheitet, daß von dem Lande des Beklagten nicht nur etwas zur Wiese gemacht worden, sondern daß auch, wie sämmtliche 5 Gegenbeweis-Zeugen auf den 7ten und 14ten Artikel bewahrheiten, das Land der Klägerin niedriger, als die Wiese des Beklagten liege, so daß bei einer Stauung das Land derselben unter Wasser gesetzt werde, welches denn auch ebenfalls in dem von der Klägerin beigebrachten Attest des in Eid und Pflicht stehenden Dorfrichters und der Vorsteher bezeugt wird.

Wenn nun in einem solchen Falle, wo Beweis und Gegenbeweis geführt ist, und sich die Beweis- und Gegenbeweis-Zeugen widersprechen, darauf zu sehen ist, welche von den Zeugen den meisten Glauben verdienen: so kann doch von dieser Regel hier kein Gebrauch gemacht werden, weil gegen die Glaubwürdigkeit der Beweis- und Gegenbeweis-Zeugen nichts Erhebliches vorgebracht ist. Denn, ob zwar Beklagter vermeinet, daß der zweite Gegenbeweis-Zeuge keinen Glauben verdiene, weil derselbe ein Aufhetzer sey, diese Sache besorge,

und

und dessen Sohn mit der Tochter der Klägerin sich verheirathen werde: so ist eines Teils dieses alles mit nichts erwiesen, und würde andern Teils der letzte Umstand hier jetzt in keinen Betracht kommen können, weil man bei Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugens, auf den bei Ablegung des Zeugnisses gegenwärtigen Zustand desselben sehen muß.

Es wird also nur darauf ankommen, welche Aussagen die meiste Wahrscheinlichkeit für sich haben, und mit der Natur der Sache am meisten übereinstimmen.

L. 21. §. 3. ff. de testib.

Cap. 32. X. de testib.

Daß nun aber beides die Aussagen der Gegenbeweis-Zeugen treffe, ist wol nicht in Abrede zu stellen.

Unbestritten ist es nemlich, daß der zwischen beider Teile Grundstücke hergehende Wassergraben, ein gemeinschaftlicher Grabe sey. Eben so ausgemacht ist es auch wol, nach dem, was oben gesagt worden ist, daß das Land der Klägerin niedriger, als die Wiese des Beklagten liege, indem solches, nach dem Attest des Dorfrichters und der Vorsteher, auch überdem noch von 5 Gegenbeweis-Zeugen gegen 3 Beweiszeugen behauptet wird. Der anscheinende Widerspruch läßt sich auch dadurch am ersten heben, wenn man, wie auch jenes Attest ganz wahrscheinlich macht, voraussetzt, daß die Gegenbeweis-Zeugen von der Lage des Landes und der

Wiese

Wiese bei dem Wassergraben, die Beweiszeugen hingegen von der, weiter davon entfernten, Lage beider Grundstücke reden.

Auch sind die Aussagen der Gegenbeweis-Zeugen der Natur dieser Sache mehr angemessen. Denn sobald eine Sache unter mehrern Personen gemeinschaftlich ist, darf keiner, ohne Einstimmung der übrigen, darin etwas vornehmen.

L. 28. ff. com. div.

Freilich würde dieses einen Abfall leiden, wenn Beklagter hätte erweisen können, daß er, seiner Behauptung nach, in rechtsverjährter Zeit die Beflößung der Wiese aus dem in Frage seyenden Graben vorgenommen habe; allein dieses ist, wie aus dem Vorhergehenden erhellet, nicht geschehen. Und wenn nun auch gleich noch einiger Anschein für die Behauptung des Beklagten hier eintreten sollte: so ist doch bekannt, und den Grundsätzen des Rechts angemessen, daß man alsdenn denjenigen Zeugen, welche für die Freiheit einer Sache aussagen, eher beitreten und Glauben beimessen müsse, als denjenigen, deren Aussagen auf eine Dienstbarkeit abzielen. Dies muß denn hier um so mehr geschehen, da, nach jenem Atteste und den Aussagen der Gegenbeweis-Zeugen, durch die Stauung des Wassers das Land der Klägerin unter Wasser gesetzt, und ihr dadurch Schaden zugefügt wird. Zwar hält Beklagter dafür, daß darauf keine Rücksicht genommen werden

werden könne, indem nach der Rechtsregel: derjenige, der sich seines Rechts bedient, niemand schadet; allein einmal ist vom Beklagten noch nicht erwiesen, daß er ein Recht zur Stauung habe, und fürs andere ist jene Regel nicht so allgemein wahr, da es in der

L. 1. §. 11. ff. de aqua pluv. arc.

heißt: prodesse sibi unusquisque, dum alteri non nocet, non prohibetur.

---

555. Meditation.

Ueber die Erkennung auf den Erfüllungseid, wenn dem Beweisführer für seine Behauptung Wahrscheinlichkeits-Gründe zu statten kommen. Ein Fall darüber.

§. 1.

Es lassen sich keine allgemeine Regeln angeben, nach welchen ein Richter beurteilen soll, ob ein nicht vollständig geführter Beweis als ein halber, mehr als halber, oder weniger als halber Beweis anzusehen sey. Es kommt hiebei das meiste auf die jedesmaligen besondern Umstände an, die eine genaue Prüfung erfordern, wenn das Resultat richtig herausgebracht werden soll. Da Beispiele in solchen Fällen von großem Nutzen sind: so mag auch nachfolgender Rechtsfall hier seinen Platz haben.

§. 2.

Ein Leibzüchter, welchem nach der Eheverschreibung seines Meyers 27 Scheffel Saat-Land zur Leibzucht verschrieben waren, verlangte, gegen die Observanz, von seinem Meyer, daß derselbe den Knechten bei Beackerung der Leibzuchts-Ländereyen das Essen reichen solle, weil

weil jener bei Errichtung der Eheverschreibung solches übernommen, und er dagegen die ihm gebührenden 44 Schff. Saat=Land auf 27 Schff. herabgesetzt habe. Der Meyer leugnete die Uebernahme dieser Last, und wollte sich zu der Beköstigung nicht verstehen; weshalb der klagende Leibzüchter zwei Zeugen abhören lies, von welchen der erste aussagte: bei der Verschreibung sey die Rede nicht davon gewesen, daß der Meyer dessen Knechte, wenn sie das Leibzuchtsland beackerten, speisen solle, sondern es sey nur gesprochen, daß, weil der Leibzüchter mit wenigern Scheffel Saaten, wie ihm nach der Ordnung gebühret hätten, zufrieden sey: so solle er das Leibzuchtsland frei haben. Dieses habe zum Gegenstand gehabt, daß der Leibzüchter davon befreiet werden solle, dem Meyer Kontributions=Beitrag zu geben. — Der zweite Zeuge sagte aus: daß der Leibzüchter sich unter der Bedingung mit 27 Schff. Saat=Land begnüget: daß er alsdann mit nichts zu thun haben wolle. Nach seiner Meinung sey hierunter verstanden: daß der Leibzüchter für den von ihm bewilligten Nachlaß frei von Kontributions=Zuschuß, und bei der Beackerung des Landes, frei von der Speisung der Knechte des Meyers seyn solle.

Hierauf erfolgte der Bescheid: da von dem Kläger nicht völlig erbracht worden, daß bei dem damaligen Vergleich, über die Scheffelzahl der Leibzuchts=Ländereyen, der Nachlaß

an diesen, ausser Befreiung vom Kontributions-Beitrage, auch deshalb geschehen sey, daß er sich dadurch von der Last der Speisung der Knechte bei Beackerung seiner Ländereien befreien wolle: so würde zuvor erwartet, daß er diese Behauptung in supplementum eidlich bestärke.

§. 3.

Von diesem Bescheid nahm Beklagter den Recurs an das Obergericht, von welchem jener Bescheid bestätigt wurde, aus folgenden Gründen:

Zu dem Amtsprotokoll erklärte der Recurrent: er erkenne den Kläger für einen guten Haushälter, wodurch denn auch der, in der Replik Handlung diesem gemachte Vorwurf, es habe derselbe die ordnungsmäßige Leibzucht nicht erhalten können, sich von selbst erledigt. Es gebührte demselben also die volle Leibzucht, mithin von der Länderei 44 Scheffel Einsaat. Beide am Amte abgehörte Zeugen stimmen nun darin überein: Recurse habe sich dazu verstanden, von dei ihm zur Leibzucht gebührenden Länderer 17 Scheffel Saat, also mehr als ein Dritteil des ordnungsmäßigen Quantums, nachzugeben, jedoch nur unter dem Bedinge, wie der erste Zeuge sich ausdrückt: daß er das Leibzuchtsland frei haben solle; oder wie der zweite Zeuge aussagt: daß derselbe

selbe alsdann mit nichts zu thun haben solle.

Die verschiedenen Urteile, welche diese Zeugen über den Sinn dieses Vorbehalts, und die darnach von dem Recurrenten übernommene Verpflichtung fällen, bleiben zwar ohne Einfluß auf die Entscheidung, aber in Rücksicht der Sache selbst sind ihre Aussagen dem Beweissatze in ihrer allgemeinen Beziehung völlig angemessen und übereinstimmend, indem sie das Daseyn eines zwischen beiden Teilen über dieses Object der Leibzucht abgeschlossenen Vertrags bestätigen.

Nimmt man nun auch an, daß in jenen Ausdrücken eine Unbestimmtheit liege: so ist doch derjenige Sinn anzunehmen, wodurch das der Natur des Geschäfts am angemessenste Resultat erhalten wird, und welcher dem Verlierenden am wenigsten nachtheilig ist.

Thibaut System des Pandekten-Rechts, §. 46.

Actus enim in dubio ita est interpretandus, ut gerenti minime sit damnosus.

Decis. Cassell. Tom 1. dec. 130. nr. 15.

Der verlierende Teil war hier der Recurse, indem derselbe von den ihm gesetzlich zustehenden Leibzuchts-Ländereien ein Dritteil unter dem Bedinge remittirte, daß er die ihm anzuweisenden 27 Scheffel Einsaat frei haben wolle; und es stellt sich als das, auf Wahrscheinlichkeits-Gründen beruhende, angemes-

senste

senste Resultat dar, daß die Gegenleistung des Recurrenten mit den Leistungen des Recursen in einem angemessenen Verhältniß stehen sollte. Offenbar ist das der Fall nicht, wenn unter der allgemein ausgedrückten Bedingung des Vertrags blos die Befreiung von der Kontribution verstanden seyn sollte.

Nach dem §. 8. der hiesigen Leibzuchtsordnung von 1781 würde der Recurse, von dem Leibzuchtslande zu 44 Schff. Einsaat, die Kontribution von 26 Schff. Saat haben entrichten müssen, welche, wenn man auch Durchschnittsweise eine Katastertaxe von 1 Rthlr. für jede Scheffel Saat unterstellt, nach den bestehenden eilf Simplen, überhaupt auf 7 Rthlr. 34 gr. sich belaufen würde, also eine Gegenleistung wäre, welche, wenn sie auch in gedoppelter Größe angenommen werden müßte, sich dennoch bei weitem nicht mit dem Vorteil der Benutzung von 17 Scheffel Saat-Landes ausgleichen ließe. Es würde also dem Recurrenten ein übermäßiger Vorteil zuwachsen, wenn seine Obliegenheit lediglich nur auf Bezahlung der Kontribution zu beschränken wäre, und deswegen muß bei der Allgemeinheit der oft erwähnten Ausdrücke, unter den vorliegenden Umständen, es als wahrscheinlich angenommen werden, daß durch den Vertrag seiner Pflicht ein weiterer Umfang, als der von ihm zugestandene, gegeben sey; und hätte es an ihm gele-

gelegen, die Einschränkung derselben, wie er solche behauptet, deutlich auszudrücken.

Wollte der Recurse, gegen Remittirung des einen Dritteils des Leibzuchts-Landes, das übrige frei, und mit nichts zu thun haben: so läßt sich nicht blos dasjenige, worin beide Teile einverstanden sind, die Befreiung des Leibzuchts-Landes von der Kontribution, sondern eben so ungezwungen dessen Befreiung von einer andern Last, nemlich die der Speisung der Knechte bei Beackerung der Leibzuchts-Ländereien, daraus folgern.

Ergiebt nun der am Amte geführte Beweis in seiner Allgemeinheit die Bedingung, unter welcher der Recurse sich zu einer Minderung seiner rechtlichen Befugnisse verstand; und kommen ihm, nach den besonderen Umständen und Eigenheiten des vorliegenden Falls, Wahrscheinlichkeits-Gründe für seine Behauptung zu statten: so erwächst eine dringende Vermuthung für den Beweissatz, und ist der noch zurückbleibende Zweifel durch den, dem Recursen auferlegten, Erfüllungseid zu entfernen.

556.

556. Meditation.

In einem Testamente der Eltern unter den Kindern sind Enkel, deren noch lebenden Eltern die Intestat-Erbfolge zustehet, als fremde Personen zu betrachten, und ihnen kann darin, ohne Zuziehung von fünf Zeugen, kein Vermächtniß gültig hinterlassen werden.

§. 1.

Daß in einem, ohne alle Feierlichkeit errichteten, Testamente der Eltern unter den Kindern keiner fremden Person etwas vermacht werden könne; und wenn dieses geschehen soll, dazu die Zuziehung von fünf Zeugen erfordert werde, ist von uns in der 198. Meditation des 4ten Bandes weiter ausgeführet worden.

Jetzt entstehet die Frage: welches sind in dieser Rücksicht fremde Personen, und werden unter diese auch Enkel gerechnet, wenn deren Eltern noch am Leben sind, und diesen die Intestat-Erbfolge zustehet? Nach unserer Meinung gehören alle diejenigen unter die fremden Personen, welche keine Intestat-Erben der Ascendenten sind, folglich auch die Enkel, so lange ihnen ihre Eltern vorstehen.

§. 2.

§. 2.

Unsern Satz: daß Enkel, deren noch lebenden Eltern die Intestat-Erbfolge zustehet, als fremde Personen angesehen werden müssen, wenn ihr Grosvater oder ihre Grosmutter ein privilegirtes Testament gemacht hat, und daß mithin solchen Enkeln in diesem Testamente nur vor fünf Zeugen ein Vermächtniß gültig hinterlassen werden könne, beweisen wir aus der L. 27. C. *familiae erciscundae*.

Hier heißt es ausdrücklich:

Inter omnes duntaxat *heredes suos, qui ex quolibet venientes gradu, tamen pares videntur esse, vel emancipatos, quos Praetor ad successionem vocat:* sive coeptum neque impletum testamentum, vel codicillus, seu epistola parentis esse memoretur, sive quocunque alio modo scripturae quibuscunque verbis, vel indiciis inveniantur relictae, judicio familiae erciscundae, *licet ab intestato ad successionem liberi vocentur*, servato S. C. auxilio, defuncti dispositio custodiatur, etiam si solennitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta. Si vero in hujusmodi voluntate designatis liberis *alia* sit mixta *persona:* certum est, eam voluntatem, quantum ad illam duntaxat personam permixtam, pro nulla haberi.

Ein gleiches sagt auch, jedoch nicht so bestimmt, die L. 21. §. 1. C. *de testamentis*:

> Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos, a parentibus utriusque sexus, habeatur, non volumus.

§. 3.

Nun behaupten zwar verschiedene, der gegenseitigen Meinung zugethane, Rechtslehrer, (a) daß in diesem letztern, und zwar jüngern Gesetze, ganz allgemein der Kinder Erwähnung geschehen sey, und nach der *L.* 220. *ff. de verbor. signif.* unter dem Ausdruck Kinder, auch Enkel begriffen wären; allein da ersteres Gesetz nur diejenigen Kinder, welche Erben ihrer Eltern sind, einschließt; letzteres Gesetz auch kein verbesserndes Gesetz ist, weil sonst die Verordnung hätte genauer bestimmt werden müssen, mithin dieses nach jenem zu erklären ist:

> *L.* 26. *ff. de legib.* Non est novum, ut priores leges, ad postiores trahantur.

so

(a) *Sande* Lib. 4. Tit. 1. def. 6. *Lauterbach* coll. th. pr. Tit. de test. milit. §. 26. *Carpzov* P. 3. const. 4. def. 16. *G. L. Boehmer* de liberis fideicomisso oneratis §. 8. Elector. jur. civ. Tom. 1. ex. 6. *Thibaut* System des Pandekten-Rechts, §. 926.

so können wir auch der gegenseitigen Meinung keinen Beifall geben (b).

(b) *Stryk* de caut. Test. Cap. 10. §. 10. *Harpprecht* ad §. 3. 4. I. de test. ordin. Nr. 104 seq. *Pufendorf* Tom. 2. obs. 30. *Aldringen* Disp. de filio in imperfecto parentis inter liberos testamento, ne bona quidem mente exheredando 1785. §. 9. seqq.

557. Meditation.

Auch bei einem ausdrücklichen antichretischen Vertrage, findet die Berechnung des superusurii statt, und muß man hiebei auf die Zeit des Kontrakts sehen.

§. 1.

In der 90. Meditation des 3ten Bandes haben wir die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten über die Frage: In wie weit es einem Pfandinhaber erlaubt sey, von seinem antichretisch unterhabenden Ländereien mehr Früchte zu ziehen, als die gewöhnlichen Zinsen betragen; ob er den Ueberschuß an dem Kapitale abrechnen müsse, oder ob er ihn statt der Zinsen nehmen dürfe? angeführt.

In einem bei hiesigem Hofgerichte über diese Frage entstandenen Rechtsstreite wurde erkannt, daß auch bei einer antichresi expressa die Berechnung des superusurii statt habe, und daß man hiebei auf die Zeit des geschlossenen Kontrakts sehen müsse.

§. 2.

Die Entscheidungsgründe des Erkenntnisses waren diese: Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß selbst bei einer antichresi expressa

der

der Beweis einer usurariae pravitatis, und die Reduction der rechtswidrig erhobenen übertriebenen Nutzungen, aufs Kapital selbst statt findet.

Bei einem praedio urbano, einem Hause, durch dessen Verpachtung der Gläubiger einen, den Zinsbetrag übersteigenden, Pachtgewinn erhält, ist nach dem klaren Sinne der

L. 14. C. de usur.

hierüber kein Streit; und wenn gleich die

L. 17. C. eod.

bei einem praedio rustico, also einem Acker, das Gegenteil wegen der Ungewißheit der Früchte zu verordnen scheint: so setzt dieses Gesetz doch voraus, daß die Nutzung des Grundstücks zur Zeit des geschlossenen Kontrakts als angemessenes Aequivalent gegen den Zinsbetrag resultire; in diesem Falle wird dann freilich der mehrere Genuß in einem Jahre, gegen den des andern, nicht berücksichtigt, weil die Früchte ungewiß sind, und es keine Möglichkeit ist, in jedem Jahre einen gleichen Ertrag zu erwarten. Dieserhalb, und weil der Gläubiger das periculum und commodum erhält, wird derselbe nie zur Herausgabe des etwaigen Ueberschusses, so wenig wie der Schuldner zur Nachzahlung des von jenem, minder als die Zinsen erhobenen Nutzens, herangezogen.

Daß aber die fructus eines praedii rustici so incerti seyn, um solche überhaupt keiner civilen Schätzung und Bestimmung unterwer-

fen

fen zu können, läßt sich nicht behaupten, weil dann keine Schätzung der Substanz eines Landguts, oder dessen jährlicher Einkünfte, da zu allem diesem die Nutzungen den Maaßstab hergeben müssen, möglich wäre.

Jene, der Natur der Sache angemessene Meinung, wird von mehrern Rechtsgelehrten unterstützt.

Pufendorf Tom. 2. obs. 76.
Noodt de foenere et usur. L. 2. C. 9.
Lauterbach de jure antichres. §. 47.
Leyser sp. 157. med. 1.
Fratr. Becmannorum cons. et decis. T. 1. dec. 7. pag. 141.

Es kommt daher bei einer ausdrücklichen antichresis, bei einem praedio rustico blos darauf an:

Ob die Nutzung desselben, nach einer civilen Schätzung, zur Zeit des Kontrakts den gleichmäßigen Werth der Zinsen hatte, oder jene einen excessum immodicum formirte?

Fratr. Becmannor. Tom. 1. cons. 7. m. 39.

und so kann der in der Folge gestiegene Werth der Nutzungen dem Gläubiger nicht den Vorwurf eines genossenen Wuchers beilegen.

L. 8. C. de rescind. vend.
Becmannor. cons. l. c. pag. 134.
Carpzov. P. 1. const. 24. def. 12, 13 seq.

Mit

Mit jenen Rechtslehrern stimmen auch die Reichsgesetze überein, welche jeden Wucher, er erscheine unter welcher Gestalt er wolle, aufs strengste verbieten;

R. A. von 1548 Tit. 17. §. 7.
— — 1577 — 17. — 8.
— — 1530 — von wucherlichen Kontrakten,

und daß auch bei den Obergerichten dieses Landes in ähnlichen Fällen, wie hier, der Schuldner mit dem Beweise eines superusurii gehört worden, darüber sprechen mehrere praejudicia.

So muß denn auch Kläger mit diesem Beweise rechtlich gehört werden, um so mehr, da schon einige Wahrscheinlichkeit deshalb für ihn zu sprechen scheint, daß die Erndte im Jahr 1802 so reichhaltig ausgefallen, und der Gläubiger im Jahr 1800, wo die Kapital-Summe bis auf 300 Rthlr angewachsen war, mit dem Genuß der Früchte, nur mit Nachlaß der 2 Rthl. Hülfsgelder, zufrieden war, mithin sich auf einen bedeutenden Uebergenuß jener, in den Jahren 1787 bis 1795, wo das Kapital nur 180 Rthlr. betrug, nicht unwahrscheinlich schließen läßt.

Gegen jenen Beweis des Klägers kann aber der, vom Beklagten beigebrachte, Extrakt aus dem Kataster nicht schützen, weil der darin enthaltene Anschlag blos auf die Kontribution Beziehung hat, und nach einem geringen Maaßstabe angenommen worden, mithin eine anderweite

weite Schätzung im gegenwärtigen Falle nicht ausgeschlossen ist.

Indeß kann diese nicht, wie Kläger vermeinet, von 1787 bis 1795, und von da bis zum Abtritt des Landes, nach dem Preise der Früchte eines jeden Jahrs, vorgenommen werden, weil es hier blos darauf ankommt, ob der Werth der Früchte mit dem Zinsbetrag zur Zeit des jedesmaligen Kontrakts, folglich in Absicht des ersten Kapitals zu 180 Rthlr. im Jahr 1787; sodann der Summe von 220 Rthlr. im Jahr 1795, und des Kapitals zu 300 Rthlr. im Jahr 1800, im angemessenen Verhältniß stand; mithin auf den jedesmaligen Preis der Nutzungen in diesen drei Perioden, nicht aber auf den etwa höhern Werth der Früchte in den Zwischen-Jahren, gesehen werden darf; indem dieser Vorteil dem Gläubiger eben so gewiß zu gute kommt, als ein etwaiges minus vom Schuldner nicht vergütet zu werden braucht.

Fr. Becmannor. cons. l. c. pag. 134. nr. 28.

Pufendorf l. c. §. 8.

558. Meditation.

Einem Rechnungsführer stehet wegen seines Activ-Bestandes an den Gütern seines Prinzipals keine stillschweigende Hypothek zu, wenn gleich dieser sie an jenes Gütern hat.

Es kann sich zuweilen zutragen, daß ein Rechnungsführer, gerade wenn ungewöhnliche Ausgaben vorfallen, und in der Kasse eben kein Vorrath ist, selbst den Vorschuß thut, und bei Ablegung der Rechnung solchen nicht bezahlt erhalten kann. Es frägt sich nun: ob einem Rechnungsführer wegen eines solchen Activ-Bestandes eine stillschweigende Hypothek an den Gütern seines Prinzipals zustehe, wenn diesem die Gesetze eine dergleichen Hypothek an den Gütern des Rechnungsführers zugebilligt haben?

Dem ersten Anschein nach möchte man diese Frage, besonders nach der Billigkeit und der Regel, daß wir diejenigen Rechte, welche wir gegen einen andern ausüben, auch gegen uns gelten lassen; und bei einem etwa entstandenen Concurse die Gläubiger die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners gegen seine Gläubiger erfüllen müssen — bejahen; allein, wenn man dagegen erwäget, daß eine jede stillschweigende Hypothek eine Begünstigung, ein Vorrecht ist, welches die Gesetze nur gewissen Personen zugestanden

gestanden haben, und also, wie jede Ausnahme von der Regel, eingeschränkt werden muß (a); folglich jener Satz, daß wir diejenigen Rechte, welche wir gegen einen andern ausüben, auch gegen uns gelten lassen müssen, hier keine Anwendung finden kann: so ist wol kein Zweifel, daß die oben aufgeworfene Frage allerdings verneinet werden müsse (b).

(a) Dieser Meditationen 5. B. 287. Med. §. 2. S. 103.

(b) *Escobar* de ratiociniis Cap. 39. nr. 19. *Schorch* Disquisitio: an rationario et administratori intuitu residui, quod vocamus, activi (Activ-Receß) jus tacitae hypothecae competat? 1787.

559.

559. Meditation.

Wo die allgemeine Güter-Gemeinschaft unter Eheleuten eingeführt ist, da fällt bei einseitigen Bürgschaften der Ehefrau die Einrede des Vellejanischen Rathschlusses weg. Sie kann auch einseitig über das Gemeingut keine gültige Kontrakte schließen; doch giebt es Ausnahmen davon.

§. 1.

Es ist bekannt, daß in denjenigen Ländern, in welchen die allgemeine Güter-Gemeinschaft unter Eheleuten eingeführt ist, die Ehefrau ohne Vorwissen und Einwilligung ihres Mannes über das Gemeingut keine gültige Kontrakte schließen, und nichts von demselben rechtsbeständig veräußern könne; allein von dieser Regel giebt es verschiedene Ausnahmen, und diese sind, nach dem hiesigen Landesgesetze von 1786, im §. 11. dahin bestimmt:

1. da jederzeit vermuthet wird, daß der Mann seiner Frau die Besorgung des innern Hauswesens überlassen habe: so kann sie, auch ohne dessen ausdrückliche Einwilligung, die zur Führung dieser ihr anvertrauten Oeconomie nöthigen Kontrakte gültig schliessen, und zu deren Behuf bewegliches Vermögen ver-

veräußern, also weibliches Gesinde miethen, Hausgeräthe, Kleidungsstücke, und was zum Essen und Trinken erforderlich ist, anschaffen, dagegen das in der Haushaltung Ueberflüssige und Entbehrliche verkaufen, und überhaupt in dergleichen häuslichen und wirthschaftlichen Angelegenheiten kontrahiren, die sich nicht allgemein, sondern nur nach Beschaffenheit jeder Familie und ihrer Haushaltung bestimmen lassen. Der Mann wird daher in Domesticis und Oeconomicis so lange durch die Kontrakte und Handlungen seiner Frau verbunden, so lange er sie nicht von Führung des Hauswesens aus erheblichen Ursachen dispensirt, und nicht davon, daß er darin durch sie nicht weiter verbunden seyn wolle, das Publikum gehörig avertirt.

2. Wenn die Frau mit Wissen und Willen des Mannes öffentlichen Handel oder gar Kaufmannschaft für sich allein, oder mit und neben ihm treibt: so wird er durch ihre Kontrakte in allen, den Handel betreffenden Geschäften verbunden. Desgleichen

3. wenn sie einen offenbar vortheilhaften Kontrakt eingegangen ist, und das Gemeingut dadurch bereichert hat;

4. wenn sie bei langer Abwesenheit ihres Mannes aus Noth, ihres Unterhalts halber, oder weil es offenbar das Beste der Familie erfor-

erforderte, zur Schliessung eines Kontrakts gezwungen worden ist;

5. wenn die Wohlfahrt des gemeinen Wesens dadurch befördert wird, und der Mann aus verwerflichem Eigensinn das so nicht wollte, oder wegen Abwesenheit nicht konnte;

6. der Mann ex post ihren einseitigen Kontrakt genehmigt; oder endlich

7. er ihr freiwillig die ihm zustehende Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens übertragen hat (a).

§. 2.

Auf jene allgemeine Regel stützte sich ein Ehemann, dessen Frau sich angeblich zur Bezahlung einer Schuld für einen andern verbindlich gemacht hatte. Der Fall ist dieser:

Die Ehefrau des A. klagte von B., aus einem zum Strumpfhandel gethanen Vorschuß, einen Rückstand von 100 Rthlr. ein, den dieser zwar eingestand, dagegen aber behauptete, daß er diese Gelder auf eine an M. habende Forderung von der Klägerin erhalten habe. Diese leugnete solches, und deshalb schob Beklagter ihr einen Eid darüber zu: Ob sie nicht, wie sie den

(a) S. auch Lange von der Gemeinschaft der Güter unter deutschen Eheleuten. Hauptst. 7. §. 13. Westphals deutsches Reichsständisches Privatrecht, Th. 2. Abh. 44. §. 8 *Weyer* de comm. bonor. inter conjug. th. 20. §. 9. seqq.

den M. wegen des Strumpfhandels zu ihm geschickt, ausdrücklich gesagt: sie habe den Knopf auf dem Beutel, und dabei übernommen und sich verpflichtet habe, seine an M. habende Forderung zu bezahlen.

Diesen Eid nahm die Klägerin an.

In dem zweiten, zur Abstattung dieses Eides angesetzten Termin, suchte aber Beklagter darum nach, den von der Klägerin angenommenen Eid vorerst noch auszusetzen, weil er Zeugen aufgefunden habe, die er vorher abzuhören bitte. Hiezu wurde dann auch ein Termin angesetzt, in welchem aber nunmehr der Klägerin Ehemann auftrat, und gegen die Abhörung der Zeugen protestirte, weil auf deren Abhörung hier nichts ankomme. Einmal stehe seiner Ehefrau, wegen der angeblichen Bürgschaft, die Einrede des Vellejanischen Rathschlusses zu, und fürs zweite finde hier die Einrede der Nichtigkeit statt, da bekanntlich nach der hiesigen Verordnung wegen der Güter-Gemeinschaft unter Eheleuten, im §. 11. ausdrücklich festgesetzt sey, daß keine Frau, ohne des Mannes Vorwissen und Einwilligung, etwas von dem Gemeingute zu veräußern, oder in Hinsicht desselben, Verträge abzuschließen befugt sey; sondern der Mann das Recht habe, durch seinen Dissens einen, durch seine Ehefrau einseitig eingegangenen Vertrag zu annulliren, und das schon Bezahlte als ein indebitum zu condiciren.

§. 3.

§. 3.

Es kommt also nun darauf an, ob beide Einreden von dem Bestande sind, daß sie in gegenwärtigem Falle Anwendung finden, und die Abhörung der Zeugen unwirksam machen können?

Nach genauer Ansicht der Sache, kann dieses mit Grunde nicht behauptet werden.

Die Einrede des Vellejanischen Rathschlusses ist hier in aller Rücksicht ganz unzulässig. Vorausgesetzt, daß hier auch wirklich eine Bürgschaft vorhanden sey, — welches doch wol schwerlich behauptet werden kann, indem die Klägerin geständigermaßen die eingeklagten Gelder dem Beklagten vorgeschossen, und dieser solche nach seiner Angabe, auf seine an M. habende Forderung von ihr erhalten hat, und dann nach dem

L. 8. §. 2. und L. 19. pr. §. 1 seqq. und L. 24. pr. ff. ad SCt. Vellej.

das nicht für eine Intercession gelten kann, wenn jemand die, für ihn selbst kontrahirten Verbindlichkeiten, einem andern abnimmt, oder sich mit seiner vorhandenen Verbindlichkeit einen andern Gläubiger anweisen läßt;

Thibaut System des Pandektenrechts, §. 1124.

— so muß in gegenwärtigem Falle diese Einrede schon um deswegen wegfallen, weil Klägerin mit ihrem Ehemanne in allgemeiner Güter-

ter-Gemeinschaft lebt, durch welche beide Eheleute über die ganze Vermögens-Substanz ein gemeinschaftliches, ungetheiltes Eigenthum erhalten, und alle, durch das Römische Recht den Weibern zugestandenen Rechtswohlthaten, womit sie ihre und ihres Ehemannes Gläubiger zu hintergehen die Freiheit haben, aufhören.

Stryk U. M. Lib. 16. Tit. 1. §. 4.

Runde deutsches Privatrecht, §. 606.

Eine solche Bürgschaft der Ehefrau würde dieserhalb in der Regel ganz ungültig seyn, und den Mann keinesweges verbinden, ohne daß es jener Einrede bedürfte.

§. 4.

Größern Anschein der Wichtigkeit hat die Einrede der Nichtigkeit; allein auch dieser verschwindet, wenn man der Sache, mit Rücksicht auf diejenigen Thatumstände, welche Beklagter auch vorgetragen hat, näher auf den Grund gehet.

Wahr ist es zwar, daß bei der Güter-Gemeinschaft unter Eheleuten, schon nach allgemeinen Grundsätzen, die Frau, ohne Vorwissen und Einwilligung ihres Mannes, von dem Gemeingute nichts veräußern, oder gültige Kontrakte darüber abschließen könne, und selbst das hiesige Landesgesetz von 1786 verordnet dieses so im §. 11.; allein von dieser Regel sind auch in diesem §. billigermaßen mehrere Ausnahmen gemacht worden. Zu diesen gehö-

ren unter andern, wenn die Frau mit Wissen ihres Mannes öffentlichen Handel und Wandel, oder gar Kaufmannschaft treibt; wenn der Mann ex post ihren einseitigen Kontrakt genehmigt; oder wenn er ihr freiwillig die ihm zustehende Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens übertragen hat, u. s. w. Ob nun eine oder mehrere von diesen Ausnahmen auf gegenwärtigen Fall Anwendung finden, das wird eine unbefangene Prüfung der hier vorkommenden Thatumstände bald zeigen.

Fürs erste erschien der Klägerin Ehemann mit ihr in dem Termin, als sie die Klage wider den Beklagten anstellte, ohne so wenig gegen das von ihr an diesem gemachte Anlehn, noch gegen die Abrechnung, noch gegen die Einreden des Beklagten und dessen Eideszuschiebung, noch gegen die von ihr geschehene Eidesannahme etwas zu erinnern. Er ließ ferner seiner Ehefrau die Klage im zweiten, zur Abstattung des Eides angesetzten, Termin fortsetzen, ohne auch dagegen von seiner Seite etwas vorzubringen. Nur erst im dritten Termin fiel es ihm ein, mit seinen unerheblichen, zum Aufenthalt der Sache gereichenden, und überdem verspäteten Einreden einzukommen.

Hieraus geht nun wol unbezweifelt hervor, daß Klägerin nicht ohne Vorwissen und Einwilligung ihres Mannes, mit dem Beklagten so ansehnliche Geldnegocen, die sich nach der Abrechnung noch auf hundert Thaler beliefen,

vorgenommen haben könne; er müßte sonst wahrlich ein solcher Mann seyn, der sich um sein Hauswesen gar nicht bekümmerte, der zur Verwaltung des Gemeinguts nicht mehr tauglich wäre, und von welchem mit Recht vermuthet werden müßte, daß er wegen seiner Unfähigkeit die Verwaltung des Gemeinguts seiner Ehefrau übertragen habe. Hat er nun gleich jene Einwilligung und die Erklärung hierüber nicht wörtlich gegeben: so schadet dieses keinesweges etwas, da seine Handlungen und sein ganzes Betragen hiebei solches deutlich an den Tag legen, und von ihm in diesem Falle, und ähnlichen, weiter unten vorkommenden Fällen, kein Widerspruch, in Rücksicht der, von seiner Ehefrau unternommenen, das Gemeingut betreffenden, Handlungen eingelegt ist.

L. 2 und 57 ff. de pactis.

Qui actum aliquem fieri scit, aut scire debet, nec ei, in quo sibi actus ille praejudicare potest, contradicit, quum id posset, consentire dicitur.

Ludolf Symphor. decis. et cons. Tom. 3. nr. 18. pag 445.

Eine wahre Einwilligung wird vermuthet, wenn der eine die Geschäfte des andern besorgt, ohne daß jener widerspricht, oder wenn jemand von ihm pflichtmäßig zu verhindernde Handlungen wissentlich geschehen läßt.

Thibaut am a. O. §. 120.

Wenn

Wenn nun also die Klägerin, nicht ohne Vorwissen und Einwilligung ihres Ehemannes, die Geldnegoce mit Beklagtem abgeschlossen hat: so muß er auch durch die, von ihr dieserhalb nachher mit demselben abgeschlossenen Verträge allerdings verbunden werden.

Allein abgesehen auch von dieser Einwilligung, so kann fürs zweite die Einrede der Nichtigkeit hier um deswillen eben wenig Anwendung finden, weil die Klägerin mit Wissen und Willen ihres Ehemannes, Amtskundig, Handlung treibt, und sogar auf Pfänder Geld ausleihet, und die gerichtlichen Geschäfte besorgt. Denn so hat sie nicht nur in Sachen R. wider ihren Ehemann, von dem Anfangs benannten M., eine ansehnliche Quantität Rocken von 96 Scheffeln geständig gekauft, und darauf 50 Rthlr. bezahlt, auch diese Sache vor Gericht, ohne ihren Ehemann, allein verhandelt, sondern auch nach ihrer wider die S. angestellten Klage, derselben mehrere Gelder auf Pfänder vorgeschossen und eingeklagt; und eben so auch nach der jetzigen Klage, dem Beklagten zum Strumpfhandel Geld hergeliehen.

Solche Thatsachen beweisen hinlänglich, daß Klägerin sich mit Handlung und Geldnegocen öffentlich abgiebt, und sie qualificiren sich unstreitig zu den, in dem Gesetze gemachten Ausnahmen, nach welchen der Ehemann durch die Kontrakte seiner Frau verbunden wird. Sehr weise hat der Gesetzgeber dieses so verordnet, da

 sonst

sonst wahrlich ein jeder, der auf Treue und Glauben handelt, und mit den vielfachen Chicanen nicht bekannt ist, gar leicht Gefahr laufen könnte, um das Seinige zu kommen; hingegen aber jeder gewissenlose Mensch die beste Gelegenheit finden würde, sich auf eine unerlaubte Art mit dem Schaden eines andern zu bereichern.

Aus diesen Gründen wurde denn auch, mit Verwerfung der von dem Ehemanne der Klägerin vorgebrachten Einreden, auf die Abhörung der von Beklagtem vorgeschlagenen Zeugen erkannt, und jener in die Kosten des verzögerten Prozesses verurteilt.

---

560. Meditation.

In wie weit wird ein Kaufmann für das Nichtaufgehen des verkauften Leinsamens verantwortlich? Ein Rechtsfall darüber.

§. 1.

Ueber die Taug- und Untauglichkeit des Leinsamens entstehen in denjenigen Ländern, in welchen der Flachsbau ein Hauptnahrungszweig der Einwohner ist, oft viele Prozesse; und es ist auch wol nicht zu bezweifeln, daß vielfältig durch die Betrügereien mit verdorbenen Leinsamen, manche Familien sehr zurückgesetzt werden, und ein Hauptmittel ihres Erwerbs verlieren. Ein Hauptgegenstand für die Landes-Policei bleibt es daher immer, diese Betrügereien möglichst abzuwehren, und dafür zu sorgen, daß die Kaufleute keinen verdorbenen, sondern guten tauglichen Leinsamen zum Verkauf in das Land bringen.

Allein auch nicht immer liegt die Schuld von dem schlechten Aufgehen des Leinsamens, und von der mißrathenen Flachserndte, an dem Kaufmanne und an seiner Waare; da bei dem guten Aufgehen des Samens und bei dem Wachsthum der Frucht, sehr vieles auf die Bestellung des Ackers, auf die, der Größe des

Landes angemessene, Aussaat, und auf die Witterung ankommt.

Auf welche Art kann nun der Kaufmann verantwortlich werden, wenn der von ihm verkaufte Leinsamen nicht gehörig aufgegangen, und so der Flachs mißrathen ist? Folgenden, zur Klage gekommenen Fall, wollen wir darüber mittheilen.

§. 2.

Der Kaufmann K. hatte im Jahre 1801 an mehrere Landleute Leinsamen verborgt; und weil solcher nicht gehörig aufgeht, wird von Landespoliceiwegen eine Besichtigung der mit diesen Leinsamen bestellten Ländereien veranstaltet, bei welcher aber der Kaufmann K, ob ihm gleich der Termin davon bekannt gemacht wird, nicht erscheint.

Nach der, den Schätzern erteilten Instruktion, mußten sie

1) auf die Bestellung des Ackers,
2) ob nicht zu viel Land zur Einsaat genommen, mithin der Leinsamen zu dünne gesäet worden, — Rücksicht nehmen, und
3) den Flachs, was er bei einer gewöhnlichen Erndte auf dem Felde werth gewesen, was er jetzt werth, und wie viel der Verlust sey, gewissenhaft schätzen.

Bei der Taxation kamen die Schätzer dahin überein, daß auf einem Scheffel Saat gut bestellten Landes 40 Knutboten, an Werth zu

10 Rthlr.

10 Rthlr. wachsen könnten, und nach diesen Grundsätzen wurde die Taxation vorgenommen, nach welcher denn der Schaden, auf respective 7, 10, 15, 20 und 40 Rthlr. angeschlagen wird.

§. 3.

Nachdem nun einige Zeit nachher der Kaufmann K. gegen die Leinsaats-Schuldner auf die Bezahlung des verborgten Leinsamens Klage anstellt, und diese zwar den Empfang desselben und die dafür angesetzten Preise eingestehen, jedoch, in Beziehung auf jene Taxation, die Zahlungs-Pflicht ablehnen: wird vom Gerichte erkannt:

daß die Beklagten die für den erhandelten Leinsamen schuldigen Summen, nebst den Verzugszinsen und verhältnißmäßigen Kosten, dem Kläger innerhalb 14 Tagen, bei Vermeidung der Execution, zu bezahlen schuldig seyen; sie könnten und wollten denn in gleicher Frist beweisen: daß das Nichtaufgehen des in Frage stehenden Leinsamens einzig Folge einer, demselben zur Zeit des Ankaufs eigenen, Untauglichkeit gewesen, und in diesem Falle, zur Schätzung des angeblichen Schadens, der Kläger zur Beachtung seines Rechts gebührend vorgeladen sey.

§. 4.

§. 4.

Wider dieses Erkenntniß interponirten die Beklagten und setzten ihre Beschwerden darin, daß sie

1) zur Bezahlung des Leinsamens mit den Verzugszinsen verurteilet, oder
2) ihnen der Beweis zur Pflicht gemacht,
3) Querulat nicht zu Ersetzung des Schadens, sondern vielmehr
4) sie zur Bezahlung der Prozeßkosten angewiesen wären.

Denn

1) habe der Gegner, statt zum Aufgehen tauglichen Leinsamen, keinen unbrauchbaren verkaufen dürfen, welches schon die Policei-Ordnung untersage. Die schlechte Qualität des Leinsamens sey einzig die Ursache des Mißwachses des Flachses gewesen. Gegen die legali modo vorgenommene Schätzung, zu welcher der Gegner verabladet worden, lasse sich keine Erinnerung machen. Pflicht zur Zahlung fällt also weg.
2) Lehre die Natur der Sache, daß außer dem Samen, nur Witterung und Cultur des Landes auf das Gedeihen einer Frucht Einfluß haben könnten. Behaupte nun der Verkäufer einer Frucht, daß es an diesen Requisiten ermangelt habe: so liege ihm

ihm der Beweis darüber ob. Gute Ackerbestellung werde vermuthet, und ergebe sich auch aus der Schätzung. Der Beweis hätte daher dem Kläger dahin auferlegt werden müssen, daß durch andere Ursachen, als durch die schlechte Qualität des Leinsamens, der Mißwachs des Flachses entstanden sey.

Das Mißrathen des Flachses sey allgemein gewesen, könne also in einer fehlerhaften Beackerung nicht liegen.

Könne jenes nicht bewiesen werden: so sey

3) der Kläger zum Schadensersatz verbunden, weil jeder Kaufmann untadelhafte Waaren liefern müsse.

4) Dürfte nur der in die Kosten verurteilt werden, welcher ohne Grund einen Rechtsstreit erhoben habe. Dies sey aber bei ihnen nicht der Fall.

§. 5.

In dieser Instanz wurde jenes Erkenntniß, unter Verurteilung der Querulanten in die Kosten des verzögerten Prozesses, bestätigt, aus folgenden Gründen:

Wenn ein Kaufkontrakt geschlossen ist, und die gekaufte Sache ist fehlerhaft: so erlangt dadurch der Käufer die Befugniß, gegen den Verkäufer zu klagen. Die actio emti kann wegen

wegen eines jeden nicht sichtbaren Fehlers angestellt werden; er mag nun entweder so beschaffen seyn, daß die Sache als völlig unbrauchbar angesehen werden muß, oder daß er doch ihren Werth verringert. Daher denn auch die Wahrheit der Regel: Kauf erfordert Kaufmannsgut, als in der Natur der Sache und in dem Geist der Gesetze gegründet, nicht zu verkennen ist.

Deswegen fordert die Policei-Ordnung von 1620. Tit. 17. §. 2:

> daß unverfälschtes Kaufmannsgut, in billigem Werthe und mit richtiger Cöllnischer Elle, Maaß und Gewicht, verkauft werde.

Also unverfälschtes Kaufmannsgut soll von dem Verkäufer geliefert werden, woraus denn von selbst folgt, daß der Käufer, welcher das Gegenteil behauptet, den Beweis dieser, von keiner rechtlichen Vermuthung begleiteten, Behauptung übernehmen müsse.

> Merces enim venditae, aut aliae quaecunque res, in dubio bonae praesumuntur, daß es gute Kaufmannsgüter seyn. Ideoque non venditori, sed emtori vitium alleganti, aut bonas non fuisse praetendenti; incumbit probatio. Nam et hic negativam, utpote in qua se fundat, et cui praesumtio adversa est, probare debet. Sic et contra illum, qui semen ideo vitiosum dixit, quia non pro-

progerminasset, ut hoc apertius probet, pronunciandum.

Mevius ad jus Lübec. Lib. 3. Tit. 6. art. 15. nr. 11, 12.

In vorliegendem Falle ist aber eines Teils nicht einmal von einem unsichtbaren Fehler die Rede, indem den Querulanten, als erfahrne, mit dem Flachsbau sich beschäftigende Landwirthe, die etwaige geringere Qualität des Leinsamens sich eben so gut, als dem Verkäufer selbst, versichtbarte; jene auch, wenn sie deshalb Zweifel hegten, durch anzustellende bekannte Proben, sich die für ihr Interesse nöthige Ueberzeugung, vor dem Abschlusse des Handels, genugsam verschaffen konnten.

Die Vernachlässigung einer so leichten Vorsichts-Maaßregel beruhet auf deren eigenen Schuld, welche ihnen, als Sachverständigen, allerdings zum Vorwurf und Nachteil gereicht; und besonders auf den Fall, da ihnen der Verkäufer die Waare nicht als gut und tauglich empfohlen hat, ihre Befugniß, auf Entschädigung zu klagen, ausschließt.

L. 43. §. 1. ff. de contrah. emt.

Andern Teils sind nun aber die Beweise, welche die Querulanten für die Untauglichkeit des Leinsamens beigebracht haben, nicht so beschaffen, daß darauf Rücksicht genommen werden dürfte. Die Schätzer wurden dahin instruirt, daß sie

1) die Bestellung des Ackers,

2) ob

2) ob nicht zu viel Land zur Einsaat genommen, mithin der Leinsamen nicht zu dünne gesäet worden, berücksichtigen, und hierauf

3) den Flachs darnach, was er bei einer gewöhnlichen Erndte auf dem Felde werth gewesen, was er jetzt werth, und wie viel der Verlust sey, gewissenhaft schätzen sollten.

Bei dieser Taxation kommen die Schätzer dahin überein, daß auf einer Scheffelsaat gut bestellten Landes, 40 Knutboten, in Geldwerth 10 Rthlr. gerechnet, wachsen könnten.

Hier fällt es gleich in die Augen, daß gerade der wichtigste Punkt, nemlich der, einer für das Gedeihen des ausgestreueten Samens günstigen oder ungünstigen Witterung, übersehen ist. Der Acker mag noch so sorgfältig bestellt, der Samen noch so trefflich, und die Aussaat mit aller denkbaren Vorsicht geschehen, dennoch aber kann der Erfolg sehr ungünstig seyn. Ist der Leinsamen ausgesäet, und es tritt Dürre ein: so verdünsten die öligen Teile, der Samen wird taub, und zum Aufgange unfähig. Gleich nachteilige Folgen zieht ein zu lange dauerndes Regenwetter nach sich; und so kann auch der, aus der nemlichen Tonne ausgesäete Leinsamen, bei nasser Witterung, auf den höher liegenden Feldern gerathen, in den niedrigen aber mißrathen, und so in umgekehrtem Falle.

Es fließt schon aus der Natur der Sache, daß, da die Waare ins Eigenthum des Käufers übergeht, auch das periculum ihn treffe; der Ver-

Verkäufer demnach für keinen Zufall hafte, welcher den Werth der Waare mindert, oder wol gar ihren gänzlichen Verlust herbeiführt.

Also auch in der Voraussetzung, daß die Schätzer, nach der ihnen erteilten Instruktion, gewissenhaft zu Werke gingen: so läßt sich daher noch kein sicherer Schluß auf die Untauglichkeit des Leinsamens zur Zeit des Verkaufs machen; und bei der Behauptung der Querulanten, daß Querulat sich bei diesem Handel eines doli schuldig gemacht, muß noch gewisser die Beweislast sie treffen.

Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione docere dolum admissum debet.

L. 18. §. 1. ff. de probat.

Ueberhaupt kann bei dem hier in Frage stehenden Geschäfte, von dem Kaufmanne nichts weiter gefordert werden, als dieses, daß er neuen und frischen Leinsamen, der das Jahr vor dem Verkauf gewonnen wurde, liefere, und es würde mit dem natürlichen Laufe der Dinge in Widerspruch liegen, wenn man es ihm zur Pflicht machen wollte, den Leinsamen in besserer Güte zu verkaufen, als die Natur ihn erzeugte. Denn es ist Sache des Käufers, ob er sich die gegenwärtige, vor seinen Augen liegende, und ohne große Schwierigkeit zu erprobende, Eigenschaft der Waare gefallen lassen wolle oder nicht. So beruhet es in allgemeiner Erfahrung, daß der Rocken in vorigem Jahre in sonst gewöhn-

wöhnlicher Güte nicht gewonnen wurde; sehr natürlich also, daß er gerade nur in dieser Eigenschaft und in keiner bessern, im Verkauf ausgebracht werden kann; und eben so natürlich, daß, wenn von diesem Rocken zur Aussaat verkauft wird, der Verkäufer für den Erfolg nicht haften könne. Nur in dem Falle kann er nicht nur zur Erstattung des etwa schon bezahlten Kaufschillings, sondern auch zum vollständigsten Schadensersatz verbunden erachtet werden, wenn er einer Verfälschung sich schuldig machte.

Nach allen diesen Beziehungen mußte den Querulanten der Beweis ihrer, durch keine rechtliche Präsumtion unterstützten, Behauptung auferlegt, mithin auch jetzt das vorige Erkenntniß, und zwar, da solches ohne irgend einen rechtserheblichen Grund angefochten ist, unter Verurteilung der Querulanten, in die Kosten des verzögerten Prozesses, bestätigt werden.

561. Meditation.

Das Uebermaaß bei verkauften Grundstücken braucht der Käufer so wenig in Natur zurückzugeben, noch mit Gelde zu bezahlen, wenn das Maaß demonstrationis causa angegeben ist. Ein Fall davon.

§. 1.

Im Jahr 1786 verkaufte der Kolonus H. mit Gutsherrlicher Bewilligung an den Kolonus S. folgende, von seinem Gute entfernt liegende, Ländereien, als:

1) zwei Stücke unten im Sundern, N. 14. im Kataster zu 1 Schff. $7\frac{1}{2}$ Mtz., auf 1 Rthlr. 9 gl. $4\frac{1}{2}$ Pf. taxirt;
2) zwei Stücke auf dem Obern Sundern, Nr. 15. im Kataster zu 1 Schff. $6\frac{1}{4}$ Mtz. auf 1 Rthlr. 6 gl. $4\frac{1}{2}$ Pf. angeschlagen,
3) das Hudeland, der Helbrink genannt,

für die Summe von 80 Rthlr., und Uebernahme der darauf haftenden Lasten.

§. 2.

Mehrere Jahre nach diesem Kauf beschwerte sich der Verkäufer, daß dieser Handel zum Nachteil seines Kolonats gereiche, und bat darum, ihm diese Ländereien wieder zuzusprechen,

chen, weil er solche nicht entbehren könne. Der Käufer wollte sich aber dazu nicht verstehen, und so blieb die Sache wieder mehrere Jahre liegen, bis nach Ableben des Verkäufers der neue Kolonus H im Jahr 1803 die Sache wieder beim Gerichte in Anregung brachte, und nunmehr anzeigte, daß die verkauften Ländereien, Nr. 1 und 2, weit größer wären, als wofür sie verkauft; ihm also wenigstens das Uebermaaß davon in Natur zurückgegeben, und die hievon, von Zeit des Kaufs an, gehobenen Nutzungen erstattet werden müßten.

Nach der vorgenommenen Vermessung und Schätzung betrug die Uebermaaß von dem Lande Nr. 1 und 2 — $2\frac{4}{5}$ Mtz., und der Nutze jährlich — 18 gl.

§. 3.

Der Beklagte hielt sich so wenig zur Herausgabe dieser Uebermaaß, als zur Erstattung der hievon gehobenen Nutzungen schuldig. Denn die Vermessung dieser Ländereien sey nicht mit seinem Willen geschehen. Auf diese komme es auch nicht an; die Grundstücke seyen so, wie sie da gelegen, und bestimmt begrenzt gewesen, verkauft. Dem Käufer sey nichts ab- und zugemessen, und die Kataster-Größe nur demonstrative geschehen. Ein etwaiges Uebermaaß gebühre dem Käufer.

Berger oecon. jur. Lib. 3. Tit. 5. th. II. nr. 1 und 3.

Wern-

Wernher Tom. 2. obs. 417.

Es sey eine venditio ad corpus, nicht ad mensuram vorhanden, weil die Größe nur hinten nach bemerkt sey.

Stryk caut. contr. Sect. 2. cap 8. §. 30.

Von beiden Seiten sey das Kataster-Maaß zum Grunde gelegt, und hiernach der Anschlag bestimmt. Höchstens könne Gegner, falls eine emtio ad mensuram vorliege, einen Zuschuß des Kaufgeldes für das Uebermaaß verlangen.

L. 40. §. 2 ff. de contr. emt.

§. 4.

In dem hierauf erteilten Erkenntnisse wurde Beklagter sowol von der naturellen Zurückgabe des Ueberschusses der Länderei, so auch von einer Vergütung in Gelde dafür, nicht weniger von Erstattung der gehobenen Nutzungen, frei gesprochen; aus folgenden Gründen:

Bei dem Verkauf der fraglichen Grundstücke liegt eine venditio ad corpus, nicht ad mensuram vor Augen; denn bei dem darüber im Jahr 1786 geschlossenen Kontrakt ist

1) weder eine wirkliche Vermessung dieser Länderei geschehen, noch
2) der Kaufpreis nach den einzelnen Aeckern bestimmt, vielmehr von den beiden damaligen Kontrahenten, deren Hauptabsicht dahin ging, die unter dem Namen in obern und niedern Sundern liegende, mit dem Ausdrucke zu zwei Stücke bezeichnete, Saatlän-

derei, zum Gegenstand des Kaufs und Verkaufs auszusetzen, das im neuen Saalbuche enthaltene Maaß demonstrationis causa, und bona fide zum Grunde gelegt, und

3) für sämmtliche Länderei, mit Einschluß des Hudelandes, der Helbrink genannt, eine Aversional-Summe von 80 Rthlr. bestimmt, und bezahlt worden.

Alle diese Umstände bezeichnen das Daseyn eines Verkaufs ad corpus;

Engau P. I. Decis. 52. Nr. I.

Leyser sp 206. med. 6.

Höpfner im Comment. über die Inst. §. 869.

und in einem solchen Falle ist der Käufer einer Sache, wenn diese mehr, als das demonstrative Maaß enthält, weder zur naturellen Herausgabe, noch Vergütung des Uebermaaßes, verbunden.

Höpfner am a. O.

Dazu kommt noch, daß wenn die erwähnte Länderei, nach der vorgenommenen Vermessung, die im Saalbuche enthaltene Größe, um $2\frac{4}{5}$ Metzen übersteigt, hier doch letztere zum Grunde zu legen ist, weil der vormalige Kolonus H., gegen die im Jahr 1783 unter Landesherrlicher Autorität geschehene Vermessung jener Grundstücke, nichts eingewandt hat, obgleich ein, bei dieser etwa began-

gangener Irrthum, nach der Verordnung vom 21sten Jenner 1783, als eine zur Abänderung an sich geeignete Beschwerde, §. 11. lit. 6. daselbst angeführt, und zu deren Anzeige im §. 10. eine 6monatliche Präclusiv-Frist vorgeschrieben worden ist.

---

562. ~~553.~~ Meditation.

Ein Rechtsfall: über die Folgen der Litis-Renunciation, wann sie statt findet, und wie ein Richter dabei verfahren muß.

§. 1.

Der Meyer B. zu V. besitzt in der Feldmark der Stadt L. mehrere, schon im 17. Jahrhundert erworbene Ländereien, von welchen er an die Kämmerei dieser Stadt jährlich 3 Rthlr. Kontribution bezahlen muß. Nachdem diese von dem Jahre 1693 bis 1704 zu einem Rückstande von 25 Rthlr. angelaufen ist, kommt am 30. Jenner 1705 ein Vertrag zwischen ihm und dem Magistrate der Stadt L. dahin zu Stande, daß jener mit einer gezahlten Summe von 70 Rthlr. sowol den Rückstand tilgt, als auch von weiterer Kontributions-Zahlung sich so lange frei macht, bis ihm eine Summe von 53 Rthlr. zurückgezahlt seyn würde.

In dieser Urkunde ist die Klausel enthalten:

> Es wird aber durch diese Handlung unserm juri reluitionis, auch der Vor- und Nachhude auf solchem Lande nichts benommen.

Die Zurückzahlung der Summe von 53 Rthlr wird im Jahr 1760 von dem Magistrat

an

an den Meyer B. verfügt, seit dem also von diesem, nach der ursprünglichen Verpflichtung, die Kontribution wieder bezahlt.

Im Jahr 1798 will der Bürger R. diese Ländereien, unter Beziehung auf ein, der Stadt L. dieserhalb erteiltes Landesherrliches Privilegium, retrahiren.

Der beklagte Meyer B. bemühet sich excipiendo, den Ungrund der Klage zu zeigen, und bezieht sich besonders auch auf die Verjährung, worauf denn der Schriftwechsel fortgesetzt, und vom Beklagten zuletzt duplicirt wird.

Am 10. Jenner 1800 erklärt aber hierauf der Kläger, mittelst eingereichten Recesses: Er sey nicht geneigt, sich mit dem Beklagten über die Frage, wegen Statthaftigkeit des Retraktsrechts der Stadt L., in einem kostbaren Proceß einzulassen, indem er erwartet habe, daß der Gegner, in Gemäßheit des Landesherrlichen Privilegiums, ohne processualische Weitläuftigkeiten zur Herausgabe des in Anspruch genommenen Landes angehalten seyn würde; weshalb er denn von seiner Seite allen Ansprüchen an jenem Lande entsagen, und bitten wolle, die Sache auf sich beruhen zu lassen.

Hierauf wird nun, vermöge Bescheides vom 14. Jenner 1800, diese Erklärung dem Beklagten zur Nachricht, jedoch mit dem Vorbehalte des, einem jeden andern Bürger der Stadt L. an dem in Streit befangen gewesenen Lande zustehenden Reluitions-Rechts, abschriftlich

lich mitgeteilt, und dieser Akten-Verfolg zu reponiren verordnet.

§. 2.

Der Beklagte setzt diesem Bescheide die Einrede sub- et obreptionis entgegen, und bemerkt, daß jene Litis-Renunciation die Erstattung der bisher aufgelaufenen Kosten zur rechtlichen Folge haben müsse, und jener Vorbehalt dem vom Beklagten per praescriptionem erlangten juri quaesito Eintrag thue, indem über die Frage: ob ein Retraktsrecht bei dem befragten Lande überhaupt statt finde? annoch lis pendens sey; wobei er denn bittet, den Kläger in die Kosten zu verurteilen, und zu erkennen, daß das Retraktsrecht, den in den Akten vorkommenden Umständen nach, an dem befragten Lande nicht statt habe, cum provocatione ad extraneos D. D.

Hierauf erfolgt am 29. Jenner 1801 der Bescheid, daß Kläger die durch diesen Proceß verursachten Kosten in 14 Tagen bezahlen, oder Ursachen, warum nicht, in gleicher Frist anführen solle, das übrige Suchen aber als unstatthaft, und den Kläger nicht concernirend, abgeschlagen werde.

§. 3.

Hiergegen interponirt Beklagter die Appellation, und setzt seine Beschwerden darin:
1) daß dem Appellaten annoch Exceptionen gegen

gegen die Pflicht zur Kosten-Erstattung nachgelassen, und

2) das übrige gegen den, dem Bescheide vom 14. Jenner 1800 inserirten Vorbehalt vorgebrachte Suchen, als unstatthaft, und den Kläger nicht concernirend, abgeschlagen worden.

Auf 1) habe kein weiteres Verfahren in einer, durch die geschehene Renunciation bereits beendigten Sache zugelassen werden dürfen. Derjenige, der von dem angesponnenen Rechtsstreite Abstand nehme, erkenne das Recht seines Gegners, und das auf seine Seite fallende Unrecht, welches denn Kosten-Erstattung zur gesetzlichen Folge habe.
L 13. §. 2. C. de judic.
L. 3. C. de fid. instr.

Die Entschuldigung des Klägers, er habe gehofft, daß gleich und ohne Proceß, nach dem Privilegium für ihn erkannt werden würde, verfange schon deswegen nichts, weil derselbe gegen die Einrede des Beklagten die Replik beigebracht, und so auch Beibringung der Duplik befördert habe, die gesammten Kosten demnach von ihm veranlaßt wären.

Auf 2) den Vorbehalt des juris reluendi für jeden andern Bürger, habe judex a quo unberufen ins Dekret einfließen lassen.

In den vorherigen Akten sey das, den Bürgern der Stadt L. ex privilegio zustehen sollende, Recht gegen Nichtbürger in Zweifel gezo-

gezogen; er habe aus dem Inhalte dieses Privilegiums erwiesen, daß solches nur auf solche Ländereien Beziehung habe, die in den vorherigen Kriegen aus Noth versetzt, oder verkauft worden, und sich außerdem mit der immemoriellen Verjährung gegen dieses vermeintliche Recht geschützt, und dabei noch bemerklich gemacht, daß dieser Retrakt nach dem buchstäblichen Inhalte des Privilegiums dann cessire, wenn die Veräußerung von dem Magistrat zugestanden worden, welches Zugeständniß deutlich aus dem, mit dem Magistrat im Jahr 1705 eingegangenen Kontrakte erhelle, indem nun auch seit dem Jahre 1760 die Kontribution von ihm unweigerlich angenommen sey.

Ueber das Retraktsrecht an dem befragten Lande sey demnach lis pendens, und dieses die Frage gewesen, ob dem damals aufgetretenen Kläger, und überhaupt einem Bürger der Stadt L. solches zustehe, und die Wageschale habe sich ganz auf seine Seite geneigt.

Der vorige Richter habe also durch die Reservation die, über die Hauptsache sich erstreckende, Litispendenz beleidigt, in die jura quaesita des Appellanten, ja selbst in die Entscheidung eingegriffen, indem er nicht nur auf einmal die Verjährung vernichtet, sondern auch jedem Bürger der Stadt L. einen Spielraum zu ermüdenden Processen mit ihm eröfnet habe. Das sey ein Machtspruch, der um so mehr an einer unheilbaren Nullität laborire

borire, als der vorige Richter nicht einmal um diesen äußerst präjudicirlichen Vorbehalt implorirt sey, also dessen officium gleichsam de facto aufgedrungen worden, wodurch des Beklagten Recht spoliative beleidigt sey, und wogegen er sofort Restitution erwarte. Noch auffallender sey dieses, da sogar die gebetene Aktenversendung außer Augen gesetzt, und im Dekret vom 14. Jenner 1800 der Vorbehalt auf eine wiederholt zudringliche Art bestätigt sey. Dadurch mache sich der vorige Richter suspect.

Leyser sp. 6. med. 4 und 5.

Wenn der Unterrichter den gegenseitigen Renunciations-Receß mit einem bloßen reponatur versehen, und den Kläger in die Kosten verurteilt hätte: so würde sein, des Beklagten Gesuch: den Retrakt überhaupt für unstatthaft zu erklären, zu verwerfen gewesen seyn. Bittet zu erkennen: daß bewandten, und aus den Akten sich ergebenden Umständen nach, das Retrakts- oder Reluitions-Recht an den befragten Ländereien überall, wenigstens dem in dem Dekrete vom 14. Jenner 1800 geschehenen Vorbehalt dieses Rechts, für jeden andern Bürger der Stadt L. keine Statt habe.

§. 4.

Nachdem die Appellations-Processe erkannt, erklärt Kläger in einem Recesse, daß er sich zur Einlassung auf die Appellation nicht schuldig halte, da er freiwillig von der Retraktsklage

Ab-

Abstand genommen, und dem Gegner die Kosten der ersten Instanz sofort zu vergüten bereit sey, sich aber nicht verbunden erachte, die Rechtmäßigkeit des Vorbehalts mit ihm auszumachen.

§. 5.

Beklagter, dem dieser Receß zu seiner Erklärung mitgeteilet, erwiedert hierauf: der Appellat müsse nicht blos die Kosten der ersten, sondern auch der Appellations-Instanz erstatten. Denn er sey derjenige, der die unbegründete Retraktsklage angestellt, der diesemnächst davon Abstand genommen, ohne sich zum Kosten-Ersatz zu erbieten, sey also auch der, welcher die gravirenden Dekrete veranlaßt habe. Außer dem Kosten-Punkte müsse auch die zweite Beschwerde in dieser Instanz Erledigung finden.

§. 6.

Hierauf wurde erkannt: daß mit Aufhebung der vom Magistrat der Stadt L. am 14ten und 29sten Jenner 1800 abgegebenen Dekrete, so wenig die vom Kläger und Appellaten im Antrag gebrachte Litis-Renunciation, als der, jenen Decreten von Amtswegen eingerückte Vorbehalt, statt finde, sondern mit Remittirung der Sache an den Richter erster Instanz, derselbe anzuweisen sey, dem Gesuche des Beklagten und Appellanten, um Verschickung der Akten an auswärtige Rechtsgelehrte, zur Abfassung eines rechtlichen Erkenntnisses, in der zum Schluß

Schluß gediehenen Hauptsache zu deferiren, und solche forderſamſt zur Vollziehung zu bringen. Mit Verurteilung des Appellaten in die Koſten dieſer Inſtanz.

Entſcheidungsgründe.

Es bleibt zwar jedem der ſtreitenden Teile unbenommen, liti et causae zu renunciiren; allein wider den Willen desjenigen, zu deſſen Vorteil die Entſagung geſchieht, findet ſie nur dann ſtatt, wenn Vergütung der Proceßkoſten erfolgt, und das ſonſtige Intereſſe deſſelben nicht gefährdet, und in Unſicherheit geſtellt wird.

Iſt demnach die Renunciations-Anzeige zu den Akten gekommen: ſo wird es Pflicht für den Richter, ſolche dem Gegenteil zuvor mit der Aufgabe mitzuteilen, innerhalb einer zu beſtimmenden Friſt, Erklärung darüber beizubringen.

Mevius P. 6. dec. 219.

Das iſt in vorliegendem Falle nicht geſchehen, vielmehr des Appellaten, am 10. Jenner 1800 eingereichter Receß, worin er erklärte: daß er von ſeiner Seite allen Anſprüchen an dem befragten Lande entſage, und bitte, die Sache auf ſich beruhen zu laſſen; — mittelſt Dekrets vom 14ten deſſelben, dem Appellanten lediglich nur zur Nachricht communicirt; und nicht allein ſofort Reponirung der verhandelten Akten, ohne den Koſten-Punkt zu berühren,

ſon-

sondern dieses auch noch zugleich vom Richteramtswegen:

mit Vorbehalt des, einem jeden andern Bürger der Stadt L. an dem im Streit befangen gewesenen Lande des Beklagten zustehenden Reluitions-Rechts,

erkannt worden.

Allein, wenn man hier auch voraussetzen dürfte, daß beide Teile mit Niederschlagung des Rechtsstreits friedlich gewesen: so hat dennoch der Richter erster Instanz, durch den angezogenen Vorbehalt, offenbar in die Entscheidung der Sache eingegriffen, indem er den übrigen Bürgern der Stadt L. ein ihnen zustehendes Reluitions-Recht an dem befragten Lande reservirte, mithin unberufen über einen Gegenstand erkannte, in Rücksicht dessen, dem beiderseitigen Willen gemäß, überall kein Proceß mehr existirte.

Sententia vero, absque eo, quod aliquis ex litigatoribus petat et instet, per judicem lata, ipso jure est nulla.

Vantius de nullitat. sentent. Tit. 13. nr. 98.

Es trat hier aber noch der besondere Fall ein, daß von dem Kläger das dem Beklagten zugehörige Land, aus einem Rechtsgrunde, in Anspruch genommen wurde, der jedem andern Bürger zu gleichen Ansprüchen qualificirte, und eben dieses Verhältniß setzt das Interesse ins Klare, welches dem Beklagten zustand, sich

nicht

nicht bei der Reponirung der Akten, und noch weit weniger bei dem eingemischten Vorbehalte zu beruhigen, um nicht sich und seine Nachkommen fortwährenden Vexationen bloszustellen.

Denn obgleich der Regel nach eine Richterliche Sentenz nur Recht und Pflicht zwischen den streitenden Teilen festsetzt: so leidet solche doch eine Ausnahme, wenn zwar mehrere Personen, jedoch einzig nur ex eodem fundamento ein gewisses Recht sich zueignen, in welchem Falle denn auch denjenigen, welche es nicht in Anregung brachten, bei eingetretener Rechtskraft des in der Sache ergangenen Urteils, die daraus resultirende Einrede entgegensteht.

Si quidem sola vincendi causa, in eodem questionis statu, exceptionem rei judicatae adversus alios quoque parit, puta si quis alterius jura impugnans nihil obtinuerit, sententia contra se data qua repellendus postea quoque est alius, si eodem fundamento experiri velit, quia omnibus modis lites sunt abbreviandae, nec facultas frustra litigandi, cuiquam est concedenda.

L. 13. C. de judic.
L. 2. C. de re jud.
Carpzov Jurispr. forens. P. 1. Const. 26. def. 16.

Und

Und gerade dieses beabsichtigte der Beklagte; er hatte seine Einreden gegen das, auf sämmtliche Bürger der Stadt L. anwendbare, einzige Fundament der Klage an- und ausgeführt, und nur von einem richterlichen Erkenntnisse konnte er die Anerkennung ihrer Statt- oder Unstatthaftigkeit erwarten, nicht von einseitigem Zurücktreten des Klägers, als welches ihn in keiner Beziehung sicher stellte; sondern ähnlichen, durch den Richterlichen Vorbehalt im voraus sanctionirten Ansprüchen, offenen Weg ließ.

Wie es nun in der Appellations-Instanz, dem Appellaten nur in dem Falle freisteht, der Appellation zu renunciiren, wenn lediglich nur sein Vorteil in Betracht kommt, nicht aber, cum praejudicium aliquod Appellanti inde existet;

Roding Pand. jur. cam. Lib. 3. Tit. 31. §. 18.

Mevius P. 2. Decis. 351.

Klock Tom. 3. Cons. 187. nr. 12.

eben so wenig vermag auch ein Kläger einseitig dem erhobenen Rechtsstreite zu renunciiren, wenn des Beklagten Interesse eine vollständige Entscheidung desselben erheischt.

Dieser begehrte aber in vorliegender Sache, in den, gegen das Dekret des Magistrats der Stadt L. vom 14. Jenner 1801 übergebenen, Einreden sub- et obreptionis, nicht bloß Erstattung der Kosten, sondern auch ein Erkennt-

niß

niß dahin: daß das Retraktsrecht, den in actis vorkommenden Umständen nach, an dem befragten Lande nicht statt habe, — und provocirte dieserhalb auf Verschickung der Akten, zur Abfassung eines Urteils, an auswärtige Rechtsgelehrte.

Abzusehen ist es nicht, wie der Richter erster Instanz über dieses, den Rechten ganz angemessene Gesuch sich hinauszusetzen, und solches als unstatthaft, und rücksichtlich auf den eingemischten Vorbehalt, den Kläger nicht concernirend, abzuschlagen vermogte, indem, wenn dieses auch der Fall war, dennoch die Sache das Interesse des Beklagten concernirt, und jener es sich selbst beizumessen hatte, wenn er durch ein, vielleicht nicht mit gehöriger Ueberlegsamkeit begonnenes Klagwerk, den Beklagten in die gerechte Befürchtung eines ihm daher imminirenden Nachteils, und in die Lage versetzte, solchen nach Möglichkeit abzuwenden. Da nun noch kein Urteil erfolgt ist, Beklagter und Appellant aber solches begehrt, und des Endes Verschickung der Akten nachgesucht hat: so ist auch mit verordneter Remission der Sache an den Richter erster Instanz, den Rechten gemäß, hierauf erkannt; übrigens aber, da sowol der, dem Dekret vom 14ten und 29sten Jenner 1800 eingerückte, den Kläger nicht concernirende, und gerade deswegen auch nicht einzurückende Vorbehalt; ferner das Erkenntniß über die nach erfolgter Litis-Renunciation, in

so

so fern es dabei hätte verbleiben können, vorliegenden Umständen nach, dem Beklagten unbedingt zu erstattenden Kosten, endlich die dem letztern denegirte Akten-Verschickung, auf einem augenfälligen Irrthum in den Rechten beruhet, — Appellat in die Kosten dieser Instanz verurteilt worden.

Emmerich über die Proceßkosten, deren Erstattung und Compensation, Th. 1. §. 60. S. 315.

---

563. Meditation.

Fortsetzung der 276. Meditation im 5ten Bande.

Bei Bestimmung der Entschädigung, wegen nicht zur festgesetzten Zeit gelieferten Pachtfrüchte, sieht man auf den höchsten Werth, den dieselben nach dem Verzuge bis zum richterlichen Erkenntnisse gehabt haben.

§. 1.

In dem §. 8. der oben bemerkten Meditation haben wir einen Fall eingerückt, wo über die Frage: welcher Preis bei nicht geschehener Ablieferung der erkauften Sache zum Grunde zu legen sey? gestritten wurde, und zugleich das damals in jener Sache ergangene Urteil mit den Entscheidungs-Gründen beigefügt. Jenem Urteil zufolge, wurde den Klägern der, wegen unterbliebener Lieferung entstandene Schade, nach dem höchsten Preise des Rockens, vom Tage des Verzugs, bis zum 15. Jul. 1795 zuerkannt.

§. 2.

Der Beklagte legte wider jenes Urteil das Rechtsmittel der Revision ein, und glaubte durch nachfolgende Gründe eine Abänderung desselben zu bewirken.

In den Entscheidungs=Gründen zu jenem Urteil, sagte er, würde bemerket, daß es hier auf die Fragen ankomme:

was für ein Interesse er den Klägern zu leisten schuldig,

und

wie solches zu berechnen sey?

Allein ehe diese Fragen in Betracht kommen könnten, hätte zuförderst die Frage: ob die Kläger überall berechtiget wären, von ihm das Interesse, wegen nicht geschehener Lieferung des Rockens, zu fordern? erörtert werden müssen.

§. 3.

Diese Frage könne bei der Lage, worin sich diese Sache befinde, nicht so schlechtweg bejahet werden. Denn jede, auf die Prästation des Interesse gehende, Klage setze zum voraus, daß erstens der Kläger durch die Nichterfüllung des Kontrakts, Schaden gelitten habe. Dieser Schade sey hier aber noch keinesweges so klar; vielmehr lasse sich aus allen hier vorkommenden Umständen schließen, daß die Kläger durch die nicht geschehene Lieferung in gar keine Verlegenheit wären gesetzt worden, und auch gar keinen Schaden gelitten hätten.

§. 4.

Die Kläger hätten es selbst eingestanden, daß damals noch genug Rocken zu haben gewesen

sen sey; sie hätten, wie sie ferner eingeräumet, den mit S. geschlossenen Lieferungs-Kontrakt, zu welchem, nach ihrem eigenen Geständnisse, die von ihm gekaufte Quantität Rocken hätte gebraucht werden sollen, erfüllet, mithin hätten sie durch die von ihm unterlassene Lieferung keinen, wenigstens nicht einen so großen Schaden leiden können, als denselben zuerkannt wäre. Selbst daraus, daß Kläger ihn nie an die Erfüllung des Kontrakts erinnert hätten, leuchte hervor, daß sie auch nicht in die geringste Verlegenheit durch ihn wären gesetzt worden.

§. 5.

Zweitens müsse bei jeder Interessen-Klage der Schade bewiesen werden. (a) Diesen Beweis müßten die Kläger erst übernehmen, und sey dieser von denselben geführet, dann erst könne die Frage:

was für ein Interesse er zu leisten habe?

in rechtliche Erwägung kommen. Diese Frage sey nun zu seinem Nachteil dahin entschieden, daß er den höchsten Preis, worin der Rocken vom Tage des Verzugs bis zum 15. Jul. 1795 gestanden, bezahlen solle, und in den Entscheidungs-Gründen zu jenem Urteil dafür die L. 4 und 10. C. deact emt. vend. und L. 21. §. 3. ff. eod. lit. angeführet.

(a) *Böhmer* introd. in jus. digest. Lib. 22. Tit. 1. §. 11. et in Cons. et Resp. Tom. 1. resp. 55. nr. 24. *Mevius* part. 4. dec. 322.

§. 6.

Ob jene Gesetze so verstanden werden könnten, würde eine kurze Prüfung derselben lehren. Die *L.* 4. und 10 *C. de act. emt. vend.* verordneten zwar, daß, wenn der Verkäufer in mora tradendi wäre, derselbe das Interesse prästiren solle, wie aber dieses Interesse bestimmt werden müsse, sey in jenen Gesetzen nicht entschieden. Das letzte Gesetz sage vielmehr in den Worten:

quanti intersit tua, si *tunc* tibi praestita fuisse,

nicht undeutlich, daß hier auf die Zeit, in welcher die Sache hätte geliefert werden müssen, zu achten sey. Und wenn die *L.* 21. §. 3. *ff. de act. emt. vend.* sage:

omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit,

so sey es doch noch immer zweifelhaft, welche Zeit, in Bestimmung des Nutzens, den der Käufer hätte haben können, zum Grunde zu legen sey.

§. 7.

Zu leugnen sey es freilich nicht, daß mehrere Gesetze die von dem Urteils-Verfasser angenommene Meinung begünstigten. Aber eben so wenig sey es auch zu leugnen, daß für die entgegengesetzte Meinung viele Gesetze spre-

chen

chen, und eben so wenig zu bezweifeln, daß diese Gesetze auf gegenwärtigen Fall mehr anwendbar wären.

Es würde genug seyn, zuerst die Gesetze selbst reden zu lassen, und dann zweitens zu zeigen, daß solche auf diesen Fall angewandt werden müßten.

§. 8.

Das erste hieher gehörige Gesetz sey die *L. 22. ff. de reb. cred.*, in welcher es so hieß: Vinum, quod mutuum erat datum, per judicem petitum est, quaesitum est, cujus temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset, an cum litem contestatus fuisset, an cum res judicaretur. Sabinus respondit, *si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset*, si non, quanti tunc cum petitum esset.

Nach diesem Gesetze müsse der Unterschied gemacht werden, ob eine Zeit zur Ablieferung bestimmt sey, oder nicht. Sey das erstere, so müsse auf den Werth, worin die verkaufte Sache zur Zeit der Ablieferung gestanden, in dem letztern Falle aber, auf die Zeit gesehen werden, wann solche gefordert würde.

§. 9.

Auf gleiche Art werde auch jene Frage in der *L. 4. ff. de condict. tritic.* entschieden.

Si

Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, *quanti fuisset eo die, quo dari debuit*, si de die nihil convenit, quanti tunc, cum judicium acceptum.

Eben das wolle auch die *L. 39. ff. de obligat. et act.*, worin es so laute:

quotiens in diem vel sub conditione oleum quis stipulatus, ejus aestimationem eo tempore spectari oportet, *quo dies obligationis venit*, tunc enim ab eo peti potest, alioquin alias rei captio est.

§. 10.

Daß nun aber **zweitens** jene Gesetze auf diesen Fall mehr, als die entgegenstehenden Gesetze anwendbar wären, sey aus nachfolgendem klar.

Ausgemacht sey es, daß in jedem Kontrakte die Rechte beider Kontrahenten gleich stark wären. Denn eben die Verbindlichkeit, die dem Verkäufer obliege, die verkaufte Sache abzuliefern, liege auch dem Käufer auf, den eins gewordnen Kaufpreis zu bezahlen. Kann nun aber auch, wenn letzteres nicht geschieht, der Verkäufer das Interesse fordern? Diese Frage beantworte die *L. f. ff. de peric. et commod. rei vend.* in den Worten:

Ven-

Venditori, si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestat, non omne omnino quod venditor, mora non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris, quaerere potuit.

Nach diesem Gesetze könne also der Verkäufer, im Fall eines Verzugs, nichts weiter, als die Zinsen von der Kaufsumme, von dem Käufer fordern; keineswegs aber auf die Ersetzung des Schadens bestehen, den er durch die verzögerte Bezahlung erlitten hätte.

§. 11.

Offenbar würde man gegen diese Grundsätze, wenn man in gegenwärtiger Sache ein anderes behaupten wolle, anstoßen.

In omnibus, sagt die *L. 90. ff. de reg. jur.* maxime tamen in jure, aequitas spectanda est.

Diese Billigkeit müsse auch ihm hier zu statten kommen, müsse ihm von der Ersetzung eines Schadens frei sprechen, der noch nicht einmal erwiesen sey, und der, wenn er auch erwiesen werden könnte, ihm ganz unnachteilig seyn würde.

§. 12.

Eine in den Rechten gegründete Regel sey es, daß derjenige, der durch Ausübung eines

Rechts

Rechts sich Vorteil zu verschaffen suche, demjenigen nachstehen müsse, der nur darauf bedacht sey, einen Schaden von sich abzuwenden.

Wende man diese Regel auf gegenwärtigen Fall an: so würde man finden, daß die Kläger nur blos darauf ausgingen, sich Vorteil zu verschaffen. Denn die Kläger hätten, durch die nicht geschehene völlige Ablieferung des Rokkens, nicht das mindeste gelitten, und hätten auch nichts leiden können, da, wie sie selbst sagten, funfzig mal mehr Rocken, als er, Beklagter, versprochen, in der Stadt, worin er und Kläger wohnten, zu haben gewesen wäre.

Kläger hätten ferner, wie sie eingestanden, den, von ihnen mit S. wegen Korn-Lieferung geschlossenen, Kontrakt erfüllet, und könnten also auf keine Art Schaden gelitten haben.

§. 13.

Gesetzt aber, Kläger wären durch die Nichterfüllung des, mit ihm geschlossenen Kontrakts in Verlegenheit gekommen; gesetzt, es wäre ihnen dadurch nur etwas schwieriger geworden, das versprochene Korn an jene zu liefern: so würden sie gewiß nicht ermangelt haben, ihn, Beklagten, an die Ablieferung zu erinnern, und wenn diese Erinnerung nicht gefruchtet hätte, sofort auf die Erfüllung des Kontrakts geklaget haben. Daß Kläger aber mit

mit ihrer Klage so lange gezögert, und damit gerade den Zeitpunkt abgewartet hätten, wo die Kornpreise am höchsten gestanden, sey ein Beweis, daß sie bloß darauf ausgingen, sich mit dem Schaden eines andern zu bereichern.

§. 14.

Ferner setze die Ersetzung des Interesse einen böslichen Verzug zum voraus, diesen aber habe er, Beklagter, sich auf keine Weise zu Schulden kommen lassen. Die damaligen Zeitumstände hätten es ihm, wo nicht unmöglich, doch schwer gemacht, sein Versprechen zu erfüllen. Sey nun aber nach den Gesetzen erst dann ein Verzug im juristischen Sinne da, wenn dem zu etwas Verpflichteten nichts an der Erfüllung seines Versprechens gehindert habe:

Mora enim videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quo minus traderet.

L. 3. § 4 ff. de act emt. vend.

so könne man ihm, da so viele Hindernisse und Schwierigkeiten der Erfüllung seines Versprechens im Wege gestanden hätten, keines böslichen Verzugs beschuldigen. Ueberhaupt aber wären die Gesetze, in Ansehung der Bestimmung des Verzugs, nicht so strenge, da sie denjenigen, der nur irgend eine Einrede habe, von demselben frei sprächen.

Scien-

Sciendum est, non omne quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum; quid enim si amicos adhibendos debitor requirat, vel expediendi debiti, vel fideiussoribus rogandis? vel exceptio aliqua alligetur? mora facta non videtur.

L. 21. ff. de usus et fruct.

§. 15.

Dies waren die Gründe, die der Beklagte dem in der Appellations-Instanz gesprochnen Urteile entgegensetzte, und wodurch er eine Abänderung desselben zu bewirken sich bemühte. Allein er erreichte seinen Zweck nicht. Denn nach geschehener Verschickung der Akten wurde von der Juristen-Fakultät zu G. erkannt:

daß es, des eingewandten Rechtsmittels ungeachtet, bei dem vorigen Erkenntnisse lediglich zu lassen.

§. 16.

Mit Uebergehung der diesem Urteile beigefügten Zweifelsgründe, wollen wir hier nur die Entscheidungsgründe einrücken:

Die Beschwerde des Appellanten: daß er den höchsten Preis, worin der Rocken, vom Tage des Verzugs bis zu dem 15 Jul. 1795 gestanden, bezahlen solle, kann weder

a) durch Beziehung auf den noch ermangelnden Beweis eines von den Revisen erlitte-

nen

nen Schadens gerechtfertiget werden, da in dem, was diesen Punkt betrifft, unverändert gebliebnen Erkenntnisse vom 2. Apr. 1796 (b), ausdrücklich den Klägern der Schadensersatz, nur unter der Bedingung zuerkannt ist, wenn sie den, durch die unterbliebene Lieferung erlittenen Schaden ordentlich liquidiren und verificiren würden, folglich in Ansehung dieses Beweises dem Revidenten nichts im mindesten aberkannt ist; übrigens aber daraus, daß in L. ein beträchtlicher Korn-Vorrath zu der Lieferungs-Zeit vorhanden gewesen, die Revisen auch, ungeachtet ihnen Revident das Versprochene nicht geliefert hat, dennoch die Lieferung, wozu sie des Revisen Rocken bestimmt gehabt, besorgt und erfüllet haben, überall nicht gefolgert werden mag, daß sie also bei der unterbliebenen Lieferung des Revidenten ohne Schaden geblieben, ein Erinnern desselben an seine Pflicht, den Revisen gar nicht oblag, mithin aus dessen Unterbleiben auch nichts Nachtheiliges zu schließen ist;

noch auch

b) Revident gegründeten Anlaß zu einer Beschwerde, dadurch erhalten hat, daß er, im Falle die vorgeschützte Unmöglichkeit der Kon-

(b) Dieses hier angeführte Erkenntniß findet sich im §. 12. der 276. Med.

Kontrakts-Erfüllung von ihm nicht erwiesen werden sollte, schuldig verurteilet ist, den Revisen den seit der Verzugszeit eingekauften höchsten Preis des von ihm zwar versprochnen, aber nicht gelieferten Rockens zu vergüten. Immaßen es

1) außer Zweifel ist, daß in Ermangelung jenes Beweises, Revident allerdings sich einen, nicht zu entschuldigenden Verzug hat zu Schulden kommen lassen, dieweil eine bestimmte Lieferungszeit verabredet war, bei deren Eintritt die Regel gilt: dies interpellat pro homine,

L. 12. C. de contrah. et commit. stipul.

wie denn auch eine andre, als die, in dem, auf Seiten des Revidenten rechtskräftig gewordnen ersten Erkenntnisse zum Beweis ausgestellte Entschuldigung, um so weniger in dieser Sache weiter in Betracht kommen mag, da nur alsdann, wenn dem Beklagten gar kein Verschulden zur Last fällt, er von der Verbindlichkeit zur Entschädigung, wegen nicht erfüllten Kontrakts, befreiet bleiben kann.

Mevius part. 4. dec. 198.

Dies vorausgesetzt aber

2) Revident sich nicht entbrechen mag, den seit seinem Verzuge eingetretnen höchsten Kornpreis den Revisen zu vergüten, wie das die

L. 21. §. 3. ff. de act. emt. vend.

L. 3.

L. 3. ff. de condict. tribic.

L. 37. ff. mandati.

L. 11. ff. de re jud.

L. 4 10 et 12. C. de act. emt.

deutlich sagen, womit auch die von Revidenten angezognen Gesetzstellen keinesweges im Widerspruch stehen, da einige davon überall den Fall eines eintretenden Verzugs nicht enthalten, andre aber durch die Ausdrücke:

quanti intersit tua, si tunc tibi praestita fuisset

geradezu mit den vorhin angeführten Gesetzen übereinstimmen, immaßen dem Käufer der höchste Preis, welcher nach der Lieferungszeit eingetreten ist, allerdings zugekommen seyn würde, wenn die Lieferung zeitig erfolgt wäre;

Voet ad ff. lib. 13. tit. 3. §. 3.

eben so wenig auch das ungegründete Argument des Revidenten, welches derselbe von der Gleichheit der Rechte beider Kontrahenten aus einem contractu bilaterali aequali hergenommen, in Betracht kommt; immaßen auch einem Verkäufer, außer den Zinsen des Kaufgeldes, allerdings alles erweisliche Interesse für wirklich erlittenen Schaden, in dem Fall widerrechtlich verzögerter Bezahlung des Kaufgeldes, prästiret werden muß;

Stryk U. M Lib. 19. Tit. 1. §. 12.

J. H. Böhmer de actionibus Sect. 2. §. 8. §. 37.

Brun-

Brunnemann ad ff. ad leg. fin ff. de peric. et commod. rei vend.

desgleichen der von Revidenten angeführte Umstand, daß er sich bestrebe, durch gegenwärtigen Rechtsstreit einen bevorstehenden Verlust abzuwenden, Revisen hingegen einen Gewinn zu erlangen die Absicht hätten, teils an sich keine allgemeine Entscheidungs-Norm abgiebt, teils das Vorgeben aus den Akten sich nicht bewahrheitet.

---

564. Meditation.

Nachtrag zu der No. 329. in dem 6ten Bande der Meditationen: Wenn jemand bei Veräußerung eines Grundstücks sich die Mithude darauf vorbehält: so wird diese als eine Dienstbarkeit, und nicht als ein Eigenthumsrecht angesehen; kann mithin durch den bloßen Nichtgebrauch verjährt werden.

§. 1.

Der Fall, welchen wir in der No. 329. des 6ten Bandes unserer Meditationen angeführet haben, wurde durch zwei in dieser Sache ergangene Erkenntnisse dahin entschieden: daß der beklagte Teil von der Klage entbunden, und dem Kläger die sich angemaßte Hude, in dem in Frage seyenden Gehölz, untersagt wurde.

Bei diesem Erkenntnisse beruhigte sich aber der Magistrat zu L., als Gutsherr nicht, sondern ergriff wider dasselbe das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in vorigen Stand, bestritt darin die von den Urteilsverfassern angenommene Meinung, daß die vorbehaltene Mithude nicht als ein Teil des Eigenthums angesehen werden könne, und legte zur Begründung der Wieder=

Wiedereinsetzung in vorigen Stand, verschiedene Dokumente bei.

§. 2.

Es würde zu weitläuftig seyn, wenn wir hier das, was von beiden Teilen weiter angeführt wurde, bemerken wollten, und es wird genug seyn, wenn wir hier die beiden, demnächst in dieser Sache ergangenen Urteile, mit den Entscheidungsgründen einrücken.

Nach geschlossener Restitutions-Instanz, wurde, auf geschehene Verschickung der Akten, von der Juristen-Fakultät zu H., deren Erkenntniß demnächst von der Juristen-Fakultät zu W. bestätiget wurde, erkannt:

> nunmehr aus den Akten und der Partheien Einbringen, allenthalben so viel zu befinden, daß es bei dem am 7. Septbr. 1787 eröffneten Urteile, in Gemäßheit des am 5. Febr. 1789 publicirten Urteils, nicht verbleibet, also Introvent jetzt Implorat von der Klage nicht zu entbinden, sondern es ist der Intervenienten Meier, zu der Mithude mit seinem Viehe, in dem befragten Gehölze, wohl berechtiget, mithin bei deren Ausübung zu schützen, Implorat hingegen, aller Störung desselben in sothanem Besitze, bei Vermeidung ernstlicher Strafe, sich zu enthalten, schuldig.

§. 3.

Was nun weiter, zur Rechtfertigung dieses Erkenntnisses, in den Zweifels- und Entscheidungsgründen ausgeführet worden ist, besteht in Folgendem.

In den erstern, den Zweifelsgründen, heißt es:

Aus dem Vergleiche von 1718, besonders dem vierten Abschnitt desselben (a), erhelle, daß die Stadt L. das ihr bisher eigenthümlich zugehörig gewesene Gehölz, mit allen daran gehabten Rechten und Gerechtigkeiten, an N. N. erb- und unwiderruflich, um solches sich künftig als seines Eigenthums, nach seiner und seiner Nachkommenschaft Konvenienz, zu gebrauchen, abgetreten habe.

Es habe sich also die Stadt L. aller Rechte und Gerechtigkeiten daran begeben, und sich nur für ihren Meier die Mithude im gedachten Gehölze in der That also, als eine Servitut auf einem fremden Grund und Boden, vorbehalten.

Si quis enim unas aedes, quas solas habet, vel fundum tradit, recipere potest, id, quod personae, non praedii est, veluti usum et usum fructum. *Sed et*

(a) Der Inhalt desselben ist in der 329. Medit. §. 2. angeführt.

et si, excipiat, ut piascere sibi, vel inhabitare liceat: valet exceptio (b).

§. 4.

Die sich vorbehaltene Mithude könne aber, als ein Teil des der Stadt zugestandenen Eigenthums, um deswegen nicht angesehen werden, weil nicht nur überall ein Miteigenthum nicht vermuthet werde, sondern auch durch den Vergleich jeder Gedanke an ein Miteigenthum hinlänglich widerlegt werde, indem das Holz als ein besonderes Eigenthum übergeben worden.

§. 5.

Hiernach scheine es also, daß der eingeräumte Nichtgebrauch, während langer Zeit, den Untergang des Rechts zur Folge haben müsse, da ein 10jähriger Nichtgebrauch, wenn der Eigenthümer des Rechts gegenwärtig sey, die Erlöschung der Servitut nach sich ziehe. Den, von dem Magistrat angeführten, Thatsachen, um zu beweisen, daß der Besitz nicht verloren sey, stehe entgegen, daß die Schriften (c), welche zum Beweis dienen sollten, als eigne

(b) L. 32. ff. de usufr. L. 34. ff. de serv. praed. urb. L. 3. ff. commun. divid.

(c) Der Inhalt der Schriften soll bei den Entscheidungsgründen, da, wo sich auf dieselben bezogen wird, angeführet werden.

eigne Schriften, keiner Beweiskraft fähig seyn, überdem auch daraus keine Besitzhandlung erhelle, und deren Gebrauch in restitutorio, weil noch dahin stehe, ob es instrumenta noviter reperta seyn, nicht ohne Grund bezweifelt werden könne.

§. 6.

Endlich müsse die Nachlässigkeit des Meiers dem Gutsherrn allerdings schaden, cum factum conductoris locatori ubique noceat, nec in praescriptione tempora locationis subducantur (d), und das um so mehr im gegenwärtigen Falle, da der Eigenthümer von jenem nicht beträchtlich entfernt gewesen, also leicht über die Gerechtigkeit seiner Sache zu wachen, im Stande gewesen sey.

§. 7.

Diese hier in der Kürze zusammen gefaßten Zweifelsgründe erhalten aber durch nachfolgende Entscheidungsgründe ihre völlige Erledigung.

Denn so betrifft dieser Rechtsstreit das Recht der von dem Magistrat zu L. für ihren Meier in dem Gehölze behaupteten Mithude, mithin kommt es jetzt lediglich darauf an: ob der Magistrat, der als Gutsherr in Ansehung

(d) *Hommel* Rhaps. obs. 275.

aller, dem Meiergute zustehenden Gerechtsame, ein eignes unbezweifeltes Recht zur Vertretung seines Meiers hat, die Erwerbung und Bestellung eines solchen Mithude-Rechts, als Servitut, oder vermöge eines andern Rechtsgrundes, zu erweisen vermogt habe. Ist dieses geschehen, so muß das Recht zur Mithude so lange als bestehend angenommen werden, bis der Implorat den Verlust desselben auf irgend eine, in den Gesetzen gebilligte Art dargethan hat.

Juris enim amissio facti est, et in dubio non praesumitur, sed ab allegante probari debet (e).

§. 8.

In dem angeführten Vergleiche von 1718 ist aber ganz deutlich enthalten, daß die Stadt L. das ihr bisher eigenthümlich zugestandene Gehölz dem N. N. abgetreten, sich aber das Recht der Mithude für ihren Meier vorbehalten habe. Hierin liegt denn nun alles dasjenige, was zur Erwerbung und Bestellung einer Servitut erfordert wird. Denn in dem Vertrage mit dem Eigenthümer, wodurch dieser einen andern ein Recht auf seinem Grundstücke einräumet, ist der titulus zu einer Servitut enthalten, ohne daß es dabei eines modi adquirendi, durch die traditio vel quasi, bedarf, indem

(e) Consilia Tübing. Vol. 2. Cons. 162.

indem dieser Vertrag bei der Uebergabe des Eigenthums geschlossen ist, und in einem solchen Falle keine Tradition erforderlich war: Notandum enim exceptionem ususfructus plus juris tribuere, quam stipulatio usus fructus duret, quia non requirit accedentem traditionem ad constituendum jus reale (f).

§. 9.

Weiter hat Implorat einen Verlust dieses wohl erworbenen Rechts durch Nichtgebrauch desselben so wenig erwiesen, oder auch nur zu erweisen vermogt, als weniger auch solcher in den Akten zu erfinden steht. Denn daraus, daß Implorat in possessorio summariissimo obgesiegt, und daß der Magistrat zu L. dieses eingeräumt, und statt des vorbehaltenen possessorii ordinarii, das petitorium zur Hand genommen hat, kann nicht, wie man hat behaupten wollen, geschlossen werden, daß die Mithude durch Nichtgebrauch verloren sey. Vielmehr giebt das angestellte possessorium summariissimum sowol, als das darauf sich gründende Urteil, zu erkennen, daß dessen ungeachtet, in ordinario oder petitorio, ein anderes zu erhalten möglich seyn könne, weil solches sonst nicht würde vorbehalten seyn.

§. 10.

(f) *Westphal* de libertate et servit. praed. §. 822. not. 732. L. 28. C. de donat.

§. 10.

Sodenn konnte der Beweis des Verlusts der Mithude, durch Nichtgebrauch auch nur von 10 Jahren, welcher gleichwol nicht hinreichend seyn würde, indem hier von dem Verlust eines, einer Stadt zustehenden, Rechts die Rede ist, wozu ein Nichtgebrauch von 40 Jahren erfordert wird (g), dem Imploraten nicht vorbehalten werden, weil durch die, von dem Magistrat zu L. beigebrachten öffentlichen und solchen Urkunden, welche in jeder Hinsicht allen Glauben verdienen, und welche zugleich als solche nova anzusehen sind, die allerdings das remedium restitutionis in integrum rechtfertigen, gezeigt worden ist, daß die Mithude von Seiten des Meiers in den letztern zehn Jahren vor dem Anfang des Prozesses oder vor 1784 wirklich ausgeübt worden sey. Dies beweiset nicht nur der von dem Magistrat beigebrachte Extrakt aus den Seddelgerichts-Wrugen von 1775 und 1776, sondern wird auch dadurch bewiesen, daß, nach Inhalt der beigebrachten Dokumente, der Magistrat in den Jahren 1779 und 1780 das Mithuderecht gegen den Eigenthümer des Gehölzes nachdrücklich behauptet, dieser aber nichts dagegen eingewendet

(g) *Schoepf* de serv. praescr. extinct. cap. 3 §. 13. *Hoffacker* princ. jur. rom. §. 979. *Rave* princ. doctr. de praescr. §. 27.

wendet hat; daß ferner bei Gelegenheit einiger in dem Gehölze von dem Eigenthümer desselben anzuweisenden Bauplätze, der Magistrat zu L. deshalb befragt, und auf dessen Erinnerung auch Rücksicht genommen worden ist.

§. 11.

Bei solchen hier eintretenden Umständen ist aber an einem Verlust durch Nichtgebrauch so wenig zu denken, daß auf die Verordnung in der

L. ult. C. de adq. et retinend. poss.

Definimus, ut sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei dereliquerit, vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur, alii eandem possessionem detinere: nihil penitus domino praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.

nicht einmal Rücksicht zu nehmen ist, obgleich ihre Anwendung auf den gegenwärtigen Fall um so weniger schwierig seyn würde, da des Meiers desidia und dolus dadurch, daß er nur sein Huderecht in den fruchtbaren Weideplätzen der Stadt zu erweitern gesucht, und dadurch, daß, wie er sich selbst geäußert, er aus der Hude in dem Gehölz wenig mache, leicht zu erweisen sind (h).

(h) Strube rechtl. Bedenk. Th. 1. Nr. 139.

§. 12.

Aus diesen hier angeführten Gründen kann auf die, gegen den Ablauf der Verjährung und gegen die negligentiam coloni gesuchte Wiedereinsetzung in vorigen Stand deshalb keine Rücksicht genommen werden, weil dieses remedium extraordinarium eigentlich dann nur zur Hand genommen wird, wo ein remedium ordinarium fehlet. Ueberdem ist hier nicht einmal dasjenige, wogegen die Wiedereinsetzung in vorigen Stand gesucht wird, nemlich der Verlust eines Rechts wegen Nichtgebrauchs binnen gesetzmäßiger Zeit, vorhanden.

---

565. Meditation.

Fortsetzung der 524. Meditation im 10. Bande.

Der von einem Minderjährigen, ohne Beistimmung seines Kurators, unter der Klausel: So wahr mir Gott helfe, geschlossene Kontrakt kann von jenem nicht angefochten werden.

§. 1.

Das Urteil wurde in zweiter Instanz bestätigt. Denn die Constitutio Friderici sey ein in Deutschland aufgenommenes Gesetz, rede bestimmt und klar, und dem Richter komme es nicht zu, die Veranlassung der Gesetze zu untersuchen; eben wenig, wenn solche für den Staat in diesem oder jenem Falle Nachteil zur Folge hätten, davon abzuweichen, sondern es sey blos Sache des Regenten, das Gesetz aufzuheben oder zu modificiren.

Der Eid der Minderjährigen mache deren Geschäfte verbindlich,

Weber von der natürl. Verbindlichkeit, §. 123. S. 581.

ohne daß solcher körperlich abgeleistet werden müsse.

Malblanc de jurejur. §. 6, 93.

Wenn der Richter die, in der

L. 1. C. si advers. vend. und

L. 3. C. si minor se major. dix.

enthaltene Disposition, nach welcher in den hier angezogenen Fällen die körperliche Eidesleistung erfordert werde, in die Constitutio Friderici eintragen wolle, so begehe er ein Attentat.

§. 2.

In der Appellations-Instanz wurden beide Erkenntnisse wieder aufgehoben, und der in Frage seyende Miethkontrakt für rechts unverbindlich, in Absicht des Appellanten, erklärt.

Die Gründe hiezu waren folgende:

Die Behauptung, daß überhaupt jeder Eid eines Minderjährigen, ohne auf die Art seiner Ableistung zu sehen, denselben verbinde, will man aus der

Auth. C. Sacramenta puber.

folgern, indem hierin über jene nichts bestimmt sey, und der Richter da nicht distinguiren dürfe, wo das Gesetz allgemein disponire, weil er sich sonst zum Gesetzgeber rechtswidrig aufwerfen würde.

Indeß wird diese Induction, bei näherer Prüfung der Sache, immer zu weit führen.

1) Im L. 1. C. si advers. vendit. heißt es mit klaren Worten: daß, wenn ein Minderjähriger durch einen körperlich ausgeschwornen Eid Bürgschaft geleistet hat: so soll er diese zu erfüllen schuldig seyn. Wenn nun vorgedachte Authentica, sacramenta pube-

puberum, gleich unmittelbar nach diesem Gesetze, einen Platz in corpore juris gefunden hat: so kann doch nicht behauptet werden, daß sie das Erforderniß eines körperlich geleisteten Eides deshalb, weil sie desselben gar nicht gedenkt, aufgehoben habe. Diese Verordnung hat nur die Beziehung, daß nicht bloß in einzelnen Fällen, wie z. B. in der Bürgschaft, sondern in allen andern Geschäften ohne Unterschied, der Eid den schwörenden Minderjährigen verbinden solle. Diese Erklärung stimmt auch mit dem nachher folgenden Gesetze

L. 3. C. si minor se major. dix.

überein, indem hierin die körperliche Leistung des Eides, als würksames und nothwendiges Erforderniß, verlangt wird.

Ersichtlich hat also Kaiser Friederich in seiner ergangenen Verordnung die äußere Form des Eides gar nicht, sondern nur seine verbindliche Kraft selbst, vor Augen gehabt; und um alle künftige Disceptationen über die Art der Geschäfte, ob diese an sich gültig oder ungültig, ob sie mit Wissen des Vormundes geschlossen, oder nicht, zu vermeiden, seinem Gesetze eine solche, diese Unterschiede ausschließende, Beziehung gegeben. Dasjenige also, was in seiner Verordnung nicht als Gegenstand bezweckt ist, kann auch durch diese, ohne ausdrückliche Disposition, sobald es in andern vorherigen oder gleichzeitigen Gesetzen bestimmt

stimmt vorgeschrieben worden ist, nicht für aufgehoben geachtet werden, um so weniger, wenn

2) andere, dies bewährende Argumente, hinzutreten.

Von jeher — seit politische Einrichtungen in ältern und neuern Ländern zur Existenz kamen — war die Vorsorge für die Wohlfahrt der Minderjährigen eine vorzügliche Beschäftigung der Gesetzgeber. Davon zeugen unter andern die vielen Verordnungen des römischen Rechts. Hat dieses nun unleugbar den körperlichen Eid als eine, den Minderjährigen nur bindende, Norm vorgeschrieben;

L. 1. C. und L. 3. cit.

ist es dagegen unbestrittener Erfahrungssatz, daß der nicht körperlich geleistete Eid, da er nur zu oft aus Leichtsinn, ohne Ueberlegung, ohne richtige Kenntniß des Geschäfts und der Wichtigkeit des Eides selbst, geleistet wird, den Minderjährigen um sein ganzes irdisches Glück bringen kann;

Quistorps Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. 24. S. 370 f.

und darf man von einem Gesetzgeber die höchste Weisheit in der Verwaltung des Staatsregiments, folglich die tiefste Einsicht, und zweckmäßigste Einrichtung in öffentlichen Angelegenheiten, als wohin die Gesetzgebung gehört, erwarten;

von

von Justi in seinen historischen Schriften, unter andern in den Vergleichungen der europäischen und asiatischen Regierungen, S. 544 und 545.

so läßt sich die erwähnte Authentica, falls man durch sie die körperliche Leistung des Eides für aufgehoben ansehen will, mit jener Vorsorge und Weisheit des Gesetzgebers nicht vereinigen; dann würde auch zur Ungerechtigkeit, zum schnöden Wucher, auf eine dem Minderjährigen höchst verderbliche Weise, sehr oft Veranlassung gegeben, und die vormundschaftliche Gewalt, ohne deren Notiz die Minderjährigen zur eidlichen schriftlichen Verschreibung vielfältig verleitet werden können, unwirksam gemacht.

So wenig es sich nun erwarten läßt, daß Kaiser Friederich, oder andere Gesetzgeber des päbstlichen Rechts, wären sie auch von der Wichtigkeit eines, ohne Verlust des Seelen-Heils zu erfüllenden Eides, noch so sehr eingenommen, jene zum wahren Besten gereichende Verordnungen, oder Modificationen des römischen Rechts, zum Bedruck der unerfahrnen Jugend, sollten verändert, und sich dadurch in Absicht ihrer Einsicht und Sorgfalt für die Erhaltung heilsamer Gesetze sollten kompromittirt haben;

Cum nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patiatur, ut quae *salubriter pro utilitate hominum* introducuntur, ea nos *duriori interpretatione* contra

ipso-

ipsorum commodum producamus ad severitatem,

L. 25 ff. de legibus.

Hartleben in Med. ad pand. sp. 8. nr. 10.

so gewiß ist es

3) daß, wenn auch die Rechtsfrage:

ob nur ein körperlich geleisteter Eid den Minderjährigen verbinde?

durch jene Authentica zweifelhaft gemacht wäre, doch die Grundsätze des römischen Rechts, als der öffentlichen Wohlfahrt gemäß, und da sie den Inhalt der Authentica nicht gerade widersprechen, gelten müssen.

L. 8. C. de jud.

L. 108 ff. de reg. jur.

Leyser sp. 3. med. 7.

Davon sagt

von Justi in seinen histor. und jurist. Schriften, B. 2. S. 459. 462. 466.

die Gesetze können unmöglich die Wohlfahrt des Staats befördern, wenn nicht der Richter, als redendes Gesetz, solche der gedachten Wohlfahrt des Staats gemäß erklären darf. —

Der vom Urteilsverfasser in zweiter Instanz aufgestellte Satz:

der Richter sey blos an Befolgung des Gesetzes gebunden; Abweichung davon und Modification desselben sey ihm nicht erlaubt.

ist

ist dagegen, in der ihm gegebenen Allgemeinheit, und auch in Beziehung auf gegenwärtigen Fall, so wie die Behauptung der Begehung eines Attentats, durch Eintragung der Erforderniß eines körperlichen Eides in jene Authentica, irrig.

Denn wenn es in der

L. 15. *ff. de legib.* heißt:

in his quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris,

so auch in der

L. 14. *ff. eod.*

quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias,

so folgt, daß der Richter nicht unbedingt an die wörtliche Vorschrift des Gesetzes gebunden ist.

Eben so wenig läßt sich des Richters Befugniß, das Gesetz doctrinaliter zu erklären, das heißt, zu restringiren, zu extendiren, und zu declariren, verkennen.

Höpfner in dem Commentar über die Instit. §. 24, 25.

Und dazu ist er, weil nicht jedes vorhandene Gesetz auf den, erst in der Folge zur Existenz kommenden Fall, Anwendung finden kann, verpflichtet,

Eichmanns Erklärung des bürgerlichen Rechts, Th. 1. S. 105.

und

und nur dann eine authentische Erklärung des Gesetzgebers erforderlich ist, wenn durch jene der wahre Sinn des Gesetzes nicht eruirt werden kann.

Leyser sp. I. med. 4.

Da nun die vorhin erwähnte Authentica, der Vorschrift der vorhin angezogenen römischen Gesetze, welche die körperliche Eidesleistung verlangen, weder wörtlich, noch dem Geist nach widerspricht; vielmehr der Zweck jenes Gesetzes, nemlich gewissenhafte Erfüllung des Eides, alsdann um so mehr mit dem andern Zwecke des Staats, mit der Wohlfahrt der Minderjährigen zu vereinigen ist, wenn letztere den Eid körperlich, folglich wohl überlegt und mit Sachkenntniß leisten: so beruht dies Erforderniß auf ersichtlich solide, dem Willen des Gesetzgebers nicht entgegen seyende Meinung.

Quistorps Beiträge am a. O. S. 379, 380.

Also schon aus diesem Gesichtspunkte die Sache angesehen, ist der in Frage seyende Kontrakt für Appellanten rechtsunverbindlich.

Das übrige aus den Entscheidungsgründen gehört nicht weiter hieher.

§. 3.

Gegen dieses Urteil wurde die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt, und hierauf, nach geschehener Verschickung der Akten an die

Juristen-

Juristenfakultät zu Göttingen, erkannt: daß mit Wiederaufhebung dieses Urteils die beiden ersten Erkenntnisse voriger Instanzen wiederum herzustellen; es könnte und wollte denn Kläger binnen einer peremtorischen Frist von 4 Wochen zu Recht erweisen: daß damals, wie er mit Beklagtem den Pachtkontrakt über die befraglichen Ländereien abgeschlossen, die versprochene Pacht-Summe nicht die Hälfte des wahren Ertrags derselben ausgemacht habe, vorbehältlich des Beklagten Gegenbeweises binnen gleicher Frist, worauf 2c.

Gründe.

Obwol I. auf der einen Seite dafür gehalten werden möchte, daß das vorige Urteil lediglich zu bestätigen sey, da der Kontrakt, welchen Kläger mit Beklagtem geschlossen habe, in mehr als einer Rücksicht für null und nichtig gehalten werden müsse, indem 1) was die demselben hinzugefügte Eidesformel betrifft, diese den vorliegenden Kontrakt nicht aufrecht erhalten könne, weil a) ein an sich ungültiges Geschäft, wohin doch der, ohne Einwilligung des Vormundes, mit einem Minderjährigen abgeschlossener Kontrakt, so fern er das Vermögen desselben betrifft, allerdings gehöret, *L. 20 ff. de rit. nupt. L. 26 ff. de V. O. L. 3. C. de in int. rest.*, durch einen hinzugekommenen Eid überall nicht gültig werden könne, da das römische Recht diesen

Satz ausdrücklich sanctioniret, *L. 7. §. 16. ff. de pact. Nov. 82. cap. 4*, und die Verordnungen des kanonischen Rechts, *Cap 28. X. de jurejur. Cap. 2. de pact. in 6.* wenn sie gleich in dieser Materie einen Vorzug vor dem römischen Rechte verdienen sollten, eben weil sie von allgemeinen Grundsätzen abweichen, über die einzelnen in denselben enthaltenen Fälle nicht ausgedehnt werden dürften. *Malblanc doctr. de jurejur. lib 5. cap. 1.* Weber von der natürl. Verbindlichkeit, Abs. 10. §. 123; überdies auch die *auth. sacr. puber. C. si adv. vendit.* nichts enthalte, welches zu einer Ausnahme von diesen allgemeinen Grundsätzen berechtige, vielmehr die Worte derselben: super contractibus rerum suarum non retractandis, deutlich zu verstehen gäben, daß in dieser Konstitution nur von solchen Geschäften die Rede sey, die an sich nach den bürgerlichen Gesetzen gültig sind, und durch den hinzugekommenen Eid also nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unmöglich gemacht werde; *Faber* de erroribus Pragmat. Dec. 39 Err. 2. seq et Dec. 41. Err. 4. *Donellus* Comment. jur. civ. lib. 21. Cap. 13. auf jeden Fall aber b), wenn man auch dem Eid die Kraft beilegen wolle, daß er selbst ungültige Geschäfte gültig machen könne, dazu doch keine schriftliche Eidesformel genüge, sondern vielmehr ein körperlicher Eid erfordert werde, wie dies nicht nur die L. 1. C.

si

si advers. vend. ergebe, welche einen feierlichen Eid erfordere, und durch die Auth. sacr. puber. nicht aufgehoben sey; so wie die L. 3. C. si minor se major. dix., welche in Absicht auf die Zulässigkeit des Restitutions-Gesuchs einen Unterschied mache, ob die Betheurung durch einen leiblichen oder schriftlichen Eid geschehen sey; sondern auch die Natur der Sache lehre, weil die Absicht des Gesetzgebers, durch Bestellung eines Vormundes für den Minderjährigen zu sorgen, größtenteils vereitelt würde, wenn schon ein schriftlicher Eid desselben, zu welchem er eben so leicht verleitet werden könne, wie zu dem Geschäfte selbst, hinreichen sollte, ihn der Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder gar der Anfechtung ex capite nullitatis zu berauben. *Wernher* Tom 3. p. 1. obs. 26. nr. 15. *Stryk* caut. juram. part 2. Sect. 1. cap. 3 nr. 26.

Ferner 2) von den Mängeln der Eidesformel, und der Gültigkeit des Geschäfts gänzlich abgesehen, dasselbe dennoch wegen des doli von Seiten des Beklagten rescindiret werden müsse, indem es keinen Zweifel leide, daß selbst solche Geschäfte der Minderjährigen, welche durch einen Eid verstärkt worden sind, wegen andrer Fehler, z. B. wegen Irrthums, Betrugs u. s. w. aufgehoben werden können, *Voet.* ad ff. lib. 4. Tit. 4. § 46; zumal der Eid, nach den Vorschriften des kanonischen Rechts, kein vinculum iniquitatis seyn darf,

Cap. 28. X. de jurejur. Cap. 2. de pact. in 6. *Böhmer* princ. jur. can. §. 336. Dies nun vorausgesetzt, ein dolus von Seiten des Beklagten ohne Zweifel vorhanden sey, weil der Mieths-Kontrakt nicht nur ohne Wissen des Vormundes geschlossen worden, sondern auch die Erklärung, daß der Kontrakt, welcher etwa in der Folge mit dem Vormunde geschlossen werden würde, blos simuliret seyn solle, offenbar eine arglistige Absicht des Beklagten verrathe, weil er, wenn von dem Vormunde die Bewilligung eben so vorteilhafter Bedingungen zu erwarten gewesen wäre, nicht nöthig gehabt hätte, hinter dessen Rücken mit dem Pflegbefohlnen desselben einen Kontrakt abzuschliessen; wogegen sich auch nicht anführen ließe, daß der Kläger an der Simulation Teil genommen habe, und sich daher gleichfalls in dolo befinde; wenn aber beide Kontrahenten betrüglich gehandelt hätten, der gegenseitige dolus weder dem einen, noch dem andern auf Entschädigung Anspruch gebe, arg. L. 39 ff. solut. mat ;. anerwogen der etwanige dolus des Minderjährigen nicht gegen seinen Mitkontrahenten, sondern gegen den Vormund gerichtet ist. Endlich 3) die laesio ultra dimidium schon jetzt, durch das Nr. 8. act. 2dae inst. sub lit G. ersichtliche Attestat zweier Bauernmeister zu D. klar sey, und auch daher aus dieser Ursach der in Frage stehende Kontrakt rescindiret werden müsse. — Auf der andern

andern Seite aber II, dafür gehalten werden könnte, daß auf die angebliche laesio ultra dimidium keine Rücksicht zu nehmen gewesen sey, weil 1) diese nicht ausdrücklich zum Fundament der Klage gemacht, sondern erst in der Appellations-Instanz in Anregung gebracht sey, wo zwar nova vorgebracht werden könnten, aber keine mutatio libelli vorgenommen werden dürfe, C.G.O. Th. 3. Tit. 39. §. 4, welche Verordnung hier um so mehr Anwendung finde, weil die Verletzung über die Hälfte nicht, wie der Mangel der vormundschaftlichen Einwilligung, oder der dolus causam dans, das Geschäft nicht unbedingt annullire, sondern die Gesetze es dabei der Willkühr des Beklagten überlassen, ob er von dem Geschäfte ganz abgehen, oder die Verletzung durch respectives Zulegen und Restituiren wieder aufheben wolle; daher die eigentlich angestellte Klage einen ganz andern Zweck habe, wie die ex *L. 2. C de resc. E. V.*

2) die L. 2. C. cit sich nur auf einen Kauf-Kontrakt beziehe, und als ein von allgemeinen Grundsätzen abweichendes Gesetz auf andere Geschäfte nicht ausgedehnt werden könne. Höpfner Comment. §. 870. Not. 5.

3) die Verletzung über die Hälfte, bei den veränderten Preisen der Dinge und der von dem Beklagten angenommenen Verbesserung des Landes, schwerlich auszumitteln sey; und

es

es daher scheinen möchte, daß anders, wie geschehen, zu erkennen gewesen sey.

Dennoch aber und dieweil ad I. und zwar 1) der in dem Miethkontrakt hinzugefügten Eidesformel, wenn gleich

a) es nach den Grundsätzen des römischen Rechts seine Richtigkeit hat, daß ein an sich ungültiges Geschäft auch selbst durch einen Eid nicht aufrecht erhalten werden könne, weil derselbe als ein accessorium zu betrachten ist, welches mit dem Hauptgeschäft steht und fällt, und die Natur desselben so wenig, wie andre Verstärkungs-Mittel der Verbindlichkeiten, z. B. Konventional-Strafe, Bürgschaft rc. verändern kann, diese Grundsätze doch durch die Vorschriften des kanonischen Rechts abgeändert sind, welches, wenn es auch nicht in complexu, wie gleichwol von vielen Rechtsgelehrten angenommen wird, *Böhmer* J. E. P. lib. 1. Tit 2. Eichmann Erklär. des bürgerl. Rechts, Th. 1. S. 358. dem römischen Rechte vorgeht, doch in Eides-Sachen ohne Zweifel einen Vorzug vor demselben hat, *Hellfeld* Jurisp. for §. 81. *Lauterbach* Coll. th. pr. prolegom. § 9. Nr 15. 18. *Hofacker* pr. jur. civ Tom 1. §. 53. *Cocceji* I. C., proleg. qu. 7. und in dem Cap. 28. de jurejur. in 6. ganz allgemein entscheidet: etsi mulierum consensus u. s. w. wo nicht nur als Entscheidungs-Grund die Verhütung eines Meineides überhaupt angegeben, sondern auch

grade

grade ein solches Geschäft, nemlich die Veräußerung der Dotal Güter mit Einwilligung der Ehefrau, vorausgesetzt wird, welches nach dem römischen Rechte ipso jure ungültig ist, *Böhmer* J. E. P. Tom. 1. lib. 2. Tit. 24. §. 29. Strube rechtl. Bedenken, Th. 1. Bed. 24. *Wernher* Tom. 1. part. 4. obs 151. Nr. 181 s q., wie denn auch der Gerichts-Gebrauch die angeführte Gesetz-Stelle des kanonischen Rechts, als allgemeine Vorschrift betrachtet, welche bei hinzugekommenem Eide die Aufrechthaltung eines jeden, nur nicht absolut verbotenen, Geschäfts begründet *Hommel* Rhaps. Vol. 2. obs. 274. *Wernher* Tom. 2 p. 6. obs. 334; nicht weniger die Auth. Sacramenta puberum C. si adv. vend., wenn auch die Worte derselben nur von solchen Geschäften zu sprechen scheinen, welche nach dem strengsten Rechte gültig sind, dennoch ohne Zweifel, so bald man auf die Intention des Gesetzgebers Rücksicht nimmt, auch von an sich nichtigen Geschäften verstanden werden muß, weil bekannt ist, daß der Kaiser Friedrich I. dadurch einen Streit zwischen den Glossatoren Bulgarus und Martinus habe entscheiden wollen, welche grade die Frage betraf: ob ein an sich ungültiges Geschäft des Minderjährigen durch den hinzugekommenen Eid unwiderruflich gültig werde, Glossa ad L. si minor C. si advers. vend. und die Worte: retractare contractum, auch so viel heißen können, als: von einem geschlossenen

Kon-

Kontrakte wieder abgehen, derselbe mag nach dem Civil-Rechte gültig seyn oder nicht; *Wernher* Tom. I. part. I. obs. 217. nr. 6. *Vinnius* sel. jur. qu. lib. I. Cap. 15. L. 5. C. de resc. vend. L. 1. C. qui manum. non poss. pr. I. qui et ex quib. caus. man.

Hiernächst b) daß eine schriftliche Eidesformel nicht genüge, sondern dazu ein körperlich abgelegter Eid erfordert werde, eine Meinung ist, welche zwar in politischer Hinsicht den Vorzug verdienen mag, aber aus Rechtsgründen sich nicht vertheidigen läßt; da eines Teils die L. I. C si adv. vend. nur von einem besondern Falle redet, und auch eines körperlichen Eides mehr im Vorbeigehen erwähnt, als denselben absolut vorschreibt, zumal da nach der Bemerkung mehrerer Rechtsgelehrten die Worte: corporaliter praestito, weil sie in den Basiliken fehlen, interpoliret sind; *Malblanc* de jurejur. §. 82. not. 440; die L. 3. C. si min. se major. dix. aber ebenfalls nur einen besondern Fall voraussetzt. Andern Teils die auth. sacr. pub. einen solchen Unterschied zwischen einem körperlichen und schriftlichen Eide nicht macht; daher er auch von den Interpreten nach der Regel ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere, nicht gemacht werden darf, mit welcher Meinung überdies die bewährtesten Rechtslehrer übereinstimmen. *Donell* Com. jur. civ. lib. 21. Cap. 13. *Berger* oec. jur. lib. 3. Tit. 15.

th. 15.

th. 15. not. 8. nr. 3. *Frat. Becmannorum* Cons. Part. 1. Cons. 38. nr. 21. Sodann 2) es zwar richtig ist, daß auch diejenigen Geschäfte der Minderjährigen, welche durch einen Eid verstärkt worden sind, wegen eines andern Fehlers, und hauptsächlich wegen eines doli des Mitkontrahenten, rescindiret werden können, indem durch den Eid nur derjenige Mangel gehoben wird, welcher in dem minderjährigen Alter des einen Kontrahenten seinen Grund hat; und derselbe dolus, wodurch etwa das ganze Geschäft veranlaßt worden ist, auch als Ursach betrachtet werden muß, daß der Minderjährige sich eidlich verpflichtet hat; wie denn auch die oft angeführte Auth. sacr. pub. einen freiwillig abgeleisteten Eid erfordert, mithin denjenigen als ungültig ausschließt, wozu der Minderjährige durch eine unerlaubte Einwirkung auf seinen Willen bewogen worden ist; gleichwol diese an sich richtigen Grundsätze auf den vorliegenden Fall keine Anwendung leiden, da eines Teils a) die angeführten Handlungen des Beklagten mehr gegen den Vormund, als gegen seinen Mitkontrahenten gerichtet, und überdies keineswegs von der Beschaffenheit sind, daß daraus auf einen dolus mit Sicherheit geschlossen werden könnte, anerwogen er den Kläger nicht durch falsche Vorspiegelungen, worin das Wesen des Betrugs bei Verträgen besteht *Hellfeld*, I. For., §. 293. Glük Erläut. der ff. ibid. zur Abschließung des Miethkon-

kontrakts verleitet hat, sondern vielmehr mit dem Kläger darin einverstanden ist, daß sie den Vormund des letztern durch Simulation hintergehen wollen; dieser beabsichtigte dolus gegen einen dritten aber auf die Rechtsbeständigkeit eines Miethkontrakts keinen Einfluß haben kann; andern Teils b), wenn auch der Beklagte nicht von allem dolo gegen seinen Mitkontrahenten freizusprechen wäre, dieser doch kein dolus causam dans contractui, sondern höchstens nur ein incidens wäre, mithin wol Ansprüche auf Schadens-Ersatz, welche indeß dermalen nicht in lite sind, begründe, keinesweges aber die verlangte Rescission des ganzen Geschäfts bewirken könnte, da ein solcher dolus incidens nicht die Ursach der Einwilligung in den ganzen Kontrakt, sondern nur in gewisse Modificationen desselben ist L. 13. §. 4. 5. L. 32. L. 49 ff. de act. emt. vend. und dieses auf den gegenwärtigen Fall angewendet, der Kläger nicht sowol zur Eingehung des Miethkontrakts selbst, worüber er mit dem Beklagten so sehr einig war, daß hiezu selbst die Einwilligung des Vormundes nicht bezweifelt wurde, als vielmehr nur dazu durch falsche Vorspiegelungen, wenn sie hier überhaupt vorhanden wären, verleitet ist, daß er seinen Mitkontrahenten vorteilhaftere Bedingungen zugestand, als demselben von seinem Vormunde bewilliget seyn würden, so daß also, da die Gültigkeit des Kontrakts an und für sich keinen Zweifel leidet,

leidet, von der Restitution der erhobnen Nutzungen die Rede nicht seyn kann; vielmehr, weil wegen des eingetretenen Konkurses nach besondern Landes-Verordnungen der Miethskontrakt dissolviret ist, Beklagter mit seinen etwanigen Entschädigungs-Forderungen an die Konkurs-Masse verwiesen werden muss. So wie denn auch 3) die behauptete laesio ultra dim schon jetzt noch nicht als bewiesen angenommen werden kann, weil es den beigebrachten Attestaten nicht nur an aller, zur Beweiskraft nöthigen Form fehlet, sondern auch daraus die ratio scientiae der Aussteller nicht ersichtlich ist. Dagegen aber ad

II. auf die behauptete laesio enormis allerdings in so ferne Rücksicht genommen werden mußte, daß sie zum Beweise verstellet wurde; indem 1) die darauf gegründeten Forderungen nicht erst in der Appellations-Instanz vorgekommen, sondern schon in der Klagschrift in den Worten: „ohne einmal der Spottgeringen Miethsumme zu gedenken" erwähnt sind; wie denn auch, wenn sie gleich erst in der Appellations-Instanz angeführt seyn sollten, die daraus entspringenden Befugnisse des Beklagten, auf die Entbindung von der Instanz zu dringen, jetzt nicht mehr geltend gemacht werden können, weil er durch Einlassung auf das behauptete factum, der Verletzung über die Hälfte, auf dieses Recht einmal Verzicht geleistet hat, wobei auch nicht

in

in Betracht kommt, daß die laesio ultr. dim. das Geschäft nicht unbedingt annullire, indem das petitum, der durch dieselbe begründeten Klage dennoch unbedingt auf gänzliche Annullirung des Geschäfts geht, und es nur dem Beklagten überlassen bleibt, dieser Annullirung dadurch vorzubeugen, daß er sich zur Vergütung dieser Läsion erbietet, Schmid von gerichtl. Klagen §. 946. Höpfner Comment. §. 870. not. 26.; überdies auch, wenn gleich das petitum alternativ gefaßt werden müßte, und daher diese Klage mit andern, welche simpliciter auf Rescission des Geschäfts gehen, nicht kumuliret werden könnte, dieses Hinderniß doch in concreto gänzlich wegfällt, da der Beklagte, wegen des eingetretenen Konkurses, das ihm sonst zustehende Wahlrecht verlohren hat, so daß, falls die behauptete Verletzung über die Hälfte wirklich bewiesen würde, höchstens von einer Entschädigungsforderung an die Konkursmasse die Rede seyn kann, welche aber alsdann nicht nach dem bedungenen, sondern nach dem, mit dem wahren Ertrage der Grundstücke in Verhältniß stehenden, Mieth-Preise zu bestimmen wäre, und wo dann der Beklagte auf jeden Fall zuförderst das an dem Miethgelde nachzahlen müßte, was er bisher zu wenig entrichtet hat. Ferner 2) die L. 2. C. de resc. vend. ohne Zweifel auch auf andere zweiseitige Verträge *Voet.* ad ff. Lib. 18. Tit. 5. §. 13. *Berger* oec. jur. lib. 3. Tit. 5. §. 18. not. 4.

not. 4. und besonders auf den Miethkontrakt Anwendung leidet, da dieser leztere von den Gesetzen selbst, als sehr nahe mit dem Kaufkontrakt verwandt, betrachtet wird, L. 2. ff. loc. cond., wogegen sich auch L. 23 ff. eod. tit. nicht anführen läßt, weil derselbe Grundsatz ehemals auch vom Kaufkontrakt galt, nachher aber eben durch die L. 2. C. de resc. vend. aufgehoben ist.

---

566. Meditation.

Einem gutgläubigen Besitzer müssen die auf die Sache verwandten, nothwendigen und nützlichen Kosten erstattet werden, wenn auch gleich die Sache nicht mehr da ist.

§. 1.

Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß dem gutgläubigen Besitzer einer Sache, die auf dieselbe verwandten nothwendigen und nützlichen Kosten erstattet werden müssen. Ob dies aber auch in dem Falle statt finde, wenn die Sache nicht mehr da ist? ist zweifelhaft, und gab eben deswegen Veranlassung zu folgendem Rechtsstreite.

§. 2.

Der Fall war dieser: Ein Vormund hatte ein, seinem Pflegbefohlenen zugehöriges, kleines Haus, ohne die in den Gesetzen vorgeschriebenen Feierlichkeiten zu beachten, verkauft. Der Käufer hatte in diesem baufälligen Hause viele Verbesserungen gemacht; und unter andern das Hintergebäude bei diesem Hause neu gründen und in Dach legen lassen. Durch einen Zufall brannte dieses Hintergebäude ab.

Nach erlangter Großjährigkeit griff der Pflegbefohlne den Kauf als nichtig an, welcher auch

auch vom Gerichte aufgehoben, jedoch dem Besitzer die darin verwandten nothwendigen und nützlichen Kosten zuerkannt wurden.

Dieser übergab deshalb eine Berechnung von diesen Kosten; weil sich aber der jetzige Herr des Hauses weigerte, diejenigen Kosten wieder zu erstatten, welche an dem Hintergebäude verwandt waren, so entstand darüber ein Rechtsstreit, der aber zum Vortheil des ehemaligen Besitzers entschieden wurde.

§. 3.

Sehen wir die hier einschlagenden Gesetze an: so müssen wir mit mehrern Rechtsgelehrten (a) jener Entscheidung völlig beipflichten. Ganz deutlich heißt es am Ende der *L. 38. ff. de hered. pet.*

> Plane potest in eo differentia esse, ut bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, *licet res non exstet, in quam fecit.*

Und eben so wird dieser Fall, in der L. 10. §. 1. ff. de negot. gest. und in der L. 8. ff. de pignor. act., welche beide Gesetze wir hier nur herzusetzen nöthig haben, entschieden.

Is

(a) *Boehmer* introd. in jus dig. Tit. de hered. pet. §. 12. *Mevius* P. 2. dec. 227. nr 8. *Thibaut* System des Pandekten-Rechts. §. 962.

Is qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utetur: sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit. Et ideo, si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum, idque et Labeo probat.

Si necessarias impensas fecerim in servum, aut fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneratitiam actionem habebo. Finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse: item insulam fulsisse, vel refecisse, et postea deustam esse; nec habere, quod possem retinere.

§. 4.

Bei so klaren und deutlichen Gesetzen ist es in der That auffallend, daß es Rechtsgelehrte (b) giebt, die in einem solchen Falle die Erstattung der nothwendigen und nützlichen Kosten dem gutgläubigen Besitzer absprechen.

Man sagt: es fehle hier der Grund, weshalb solche Kosten in Abzug gebracht werden könnten. Dieser Grund sey nemlich der, weil, wenn der Eigenthümer die Sache ohne Abzug der

(b) *Gilken* in tract. de impensis part. 2. cap. 8. *Donellus* in Com. jur. civ. lib. 20. cap. 7.

der Kosten erhalte, dieser mit dem Schaden eines andern sich bereichern würde, dieser Grund falle aber dann weg, wenn die Sache, worauf die Kosten verwandt worden, nicht mehr da sey; denn da verliere der Eigenthümer nicht blos die Sache, sondern auch alles, was darauf verwandt sey.

Ferner könne sich auch hier der Besitzer nicht des Rechtsmittels, nemlich der Einrede der Arglist gegen den Eigenthümer, der von ihm die Sache zurückfordere, bedienen, indem die Sache selbst nicht mehr da sey, und diese also auch nicht von dem Eigenthümer gefordert werden könne.

§. 5.

Beide Gründe sind aber unerheblich. Denn ist hier gleich der erste Grund, weswegen dergleichen Kosten abgezogen werden können, nicht vorhanden, so tritt dagegen ein anderer ein, nemlich der, daß jeder Eigenthümer oder Herr der Sache, den Schaden, welcher sich an derselben zuträgt, tragen müsse. Daher ist er denn auch eben so verpflichtet, die Kosten, die zum nothwendigen und bessern Gebrauch der Sache verwandt worden sind, zu ersetzen.

Fällt nun auch ferner die Einrede der Arglist gegen den Eigenthümer weg, so steht doch demselben, wie aus der im §. 3. eingerückten *L. 10. §. 1. ff. de neg. gest.* klar ist, die actio negotiorum gestorum zu.

§. 6.

Es wurde nun zwar auch noch erinnert, daß der Besitzer hier nicht als ein gutgläubiger Besitzer angesehen werden könne. Aber es konnte von diesem, als einem geringen Handwerksmanne, nicht gefordert werden, daß er mit den Vorschriften des Rechts, die bei Veräußerung der Pupillen-Güter beobachtet werden müssen, bekannt sey. Er hatte im guten Glauben das Haus gekauft, und auch sofort dem Herrn wieder abgetreten, als er dazu für schuldig erkannt worden war.

---

567. Meditation.

Ein feierliches Testament der Eltern unter ihren Kindern wird durch ein zweites, nicht feierliches, aufgehoben.

§. 1.

Ein Vater hatte in einem feierlichen, vor sieben Zeugen errichteten Testamente, verschiedene Verordnungen unter seinen Kindern gemacht, demnächst aber in einem später errichteten privilegirten Testamente eine ganz andre, dem ersten Testament gerade entgegenstehende, Disposition errichtet.

Die Kinder waren unter einander uneinig, ob bei ihrer Auseinandersetzung das erste oder das zweite Testament zum Grunde gelegt werden müsse, indem einige glaubten, daß bei der Teilung blos allein auf das erste Testament, andre aber, daß allein auf das letzte Testament gesehen werden müsse.

§. 2.

Bei Entscheidung dieses Streits liegt die Frage zum Grunde: ob ein feierliches Testament der Eltern unter ihren Kindern, durch ein zweites nicht feierliches aufgehoben werden könne?

 Die

Die Rechtsgelehrten sind in Beantwortung dieser Frage nicht einerlei Meinung, indem einige (a) sie bejahen, andere (b) aber verneinen.

§. 3.

Setzen wir, wie es hier der Fall war, zum voraus, daß der Vater in beiden Testamenten blos allein unter seinen Kindern disponirt habe, so verdient die erstere Meinung der letztern vorgezogen zu werden. Denn unstreitig hat ein privilegirtes Testament eben die Kraft und Wirkung, als ein feierliches; ist aber dieses wahr: so muß auch die daraus herfließende Folge richtig seyn, daß ein nicht feierliches Testament ein feierliches eben so gut aufhebe, als ein zweites feierliches.

§. 4.

(a) *Zoesius* ad ff. Tit. de injust. rup. irrit fact. test. nr. 20. *Stephani* Comment. ad Nov. 107. nr. 16. *Walch* contr. jur. civ. Sect. 2. cap. 4. membr. 4. §. 8. *Madihn* princ. jur. rom. part. 2. §. 585. *Hoffacker* princ. jur. civ. Tom. 2. §. 1347. *ICti Tübing.* Vol. 2. cons. 33. 217.

(b) *Enenkel* de privil. parent. et liber. Privil. 15. cap. 2. *Rivinus* de testamento parentum privilegiato solenne prius conditum non infirmante. *Heisler* an et quatenus testam. parent. inter liberos aliud testam. anterius rumpat, et per posterius rumpatur. Thibaut System des Pandektenrechts §. 1038.

§. 4.

Eltern haben überhaupt das Recht, und es beruhet blos auf dem freien Willen derselben, auf was Art und Weise sie unter ihren Kindern testiren wollen; ob sie nemlich solches in einem feierlichen oder nicht feierlichen Testamente thun wollen. Eben diese Befugniß nun, ihr erstes feierliches Testament durch ein zweites nicht feierliches wieder aufzuheben, kann denselben hiernach um so weniger wol abgesprochen werden, da, der Regel nach, das erste Testament durch ein zweites aufgehoben wird.

In der

L. 29. ff. ad SCt. Trebell.

womit der §. 2. und 3. J. *quib. mod. testam. infirm.* und noch mehrere Gesetze übereinstimmen, heißt es:

Si quis priore facto testamento, posterius fecerit testamentum, etiam si ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est.

§. 5.

Auf diese Regel gründet sich auch das, was Ulpian in der

L. 2. ff. de injust. rupt. irrit. fact. test.

sagt:

Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est: nisi forte posterius vel juri militari sit factum, vel in

eo scriptus sit, qui ab intestato venire potest.

Man sieht hieraus, daß zur Aufhebung eines feierlichen Testaments keineswegs ein zweites feierliches erfordert werde.

Dieser Satz erhält durch die

L. 36. §. 4. ff de testam. mil.

noch größeres Gewicht, als nach welchem es einem Soldaten erlaubt wird, sein erstes feierliches Testament durch ein zweites nicht feierliches wieder aufzuheben. Das angeführte Gesetz lautet so:

Miles jure communi testatus, postea testamento jure militiae super bonis omnibus facto, post annum militiae vita decesserat, prioris testamenti, quod ruptum esse constabat, non redintegrari vires constitit.

Sollte man nun von diesem Falle nicht analogisch auf das Testament der Eltern unter ihren Kindern schließen können? Diese Frage zu verneinen, dazu ist, wenn man obiges dazu nimmt, kein Grund vorhanden.

§. 6.

Die von dieser Meinung abweichenden (in der Note b angeführten) Rechtsgelehrten, gründen ihre Meinung hauptsächlich in der Nov. 107. Kap. 2, worin gesagt wird, daß zu einem solchen zweiten Testamente die Gegenwart von sieben Zeugen erfordert werde. Diese Novelle widerspricht aber unserer Meinung nicht,

nicht, wenn man nur die verschiedenen Fälle, die hiebei eintreten, von einander unterscheiden will. Haben nemlich die Eltern in dem ersten errichteten feierlichen Testamente eine fremde Person mit zu Erben eingesetzt: so müssen sie, wenn sie durch ein zweites Testament ihr erstes wieder aufheben wollen, fünf Zeugen zuziehen (c). Wollen sie aber in ihrem zweiten Testamente einen Fremden zum Erben einsetzen, so sind sie alsdann an die in der Novelle vorgeschriebene Form gebunden (d).

§. 7.

Die übrigen Gründe sind weniger bedeutend. Man sagt: ein feierliches Testament habe eine weit stärkere verbindende Kraft, als ein nicht feierliches; indem ersteres mit allen in den Gesetzen verordneten Feierlichkeiten versehen sey, welche letzterm fehlten.

Dieser Satz ist, so wie er da steht, völlig falsch, und wird schon durch das, was §. 3. und 4. gesagt worden ist, widerlegt. Ueberhaupt kann es auch, bei Entscheidung jener Frage, nicht darauf ankommen, welches Testament mit mehrern Feierlichkeiten versehen sey, sondern nur darauf, welches das letzte sey.

§. 8.

(c) *Müller* in prompt. jur. sub verb. testament. parent. inter liber. Nr. 58. M. s. unsre Med. Bd. 4. Med 198.

(d) *Müller* a. a. O. Nr. 62.

§. 8.

Aber sagen nicht die Gesetze, daß jedes Geschäft, auf die Art, wie solches eingegangen worden, auch wieder aufgehoben werden müsse (e), und folgt hieraus nicht, daß, wenn das erste Testament von sieben Zeugen errichtet worden ist, das zweite gleichfalls, um das erstere wieder aufzuheben, von sieben Zeugen errichtet werden müsse?

Diese hier angeführten Gesetze können nur in dem Falle rechtliche Wirkung haben, wenn das Gesetz zur Gültigkeit einer Handlung eine gewisse Form vorschreibt. Ganz anders aber verhält es sich, wenn jemand von freien Stükken, unter gewissen Solennitäten, ein Geschäft abschließt. Hier kann auch ein solches Geschäft, ohne die vorhergehenden Solennitäten zu beachten, wieder aufgehoben werden. Die Gesetze aber lassen's, wie wir schon bemerkt haben, den Eltern über, zu bestimmen, wie und auf was Art sie ihr Testament unter den Kindern errichten wollen, und eben deswegen auch, wie und

(e) L. 35. *ff. de reg. jur.* Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est.

L. 153. *ff. eod. tit.* Fere, quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur.

L. 89. *ff. de solut.* Prout quidve contractum est, ita et solvi debet.

und auf was Art sie das erste Testament widerrufen wollen.

Wollte man überhaupt jene Gesetze auf solche Fälle, wie diese sind, anwenden, so würde folgen, daß, wenn etwa einer zu dem ersten Testamente zwölf Zeugen zugezogen hätte, auch eben so viele Zeugen zuziehen müsse, wenn er durch ein zweites Testament das erste aufheben wollte.

568.

568. Meditation.

Ein Fall zur Erläuterung der L. 8. §. 3. C. de codicillis.

§. 1.

In der *L.* 8. §. 3. *C. de codic.* heißt es:

In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent abhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur; testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.

Nach diesem Gesetze hat es aber das Ansehen, daß zur Gültigkeit eines jeden Kodicills, es mag nun solcher ohne Testament, oder mit einem Testamente, und in dem letztern Fall, entweder in demselben bestätigt, oder nicht bestätigt seyn, fünf Zeugen zugezogen werden müssen, wie dies auch die Meinung verschiedener Rechtsgelehrten (a) ist.

§. 2.

(a) *Pistor* Vol. 1. cons. 44. *Harprecht* Vol. 1. cons. 8. nr. 63. *Dunius* de veteri ac. novo jure codicillorum. Westphal Abh. von der Rechtslehre der Codicille, welche in einem Testament bestätigt sind. Thibaut System des Pandecten-Rechts, §. 1002.

§. 2.

Zur nähern Untersuchung der Frage: ob zur Gültigkeit der, in einem Testamente bestätigten Kodicille, auch fünf Zeugen erforderlich sind, gab folgender Fall Anlaß.

In einem gewissen Testamente hieß es:

die nach diesem meinem letzten Willen etwa noch zu machenden Kodicille bestätige ich hiedurch, und will, daß solche von meinem eingesetzten Erben gehalten werden sollen.

§. 3.

Nach dem Tode des Testament-Verfassers fand sich noch ein Kodicill, worin einige Vermächtnisse dem Erben auszuzahlen befohlen worden, wozu sich aber derselbe nicht verstehen wollte, sondern vielmehr dafür hielt, daß der nach dem Testamente errichtete Kodicill, vermöge des §. 1. angeführten Gesetzes, als gültig nicht bestehen könne.

Es ist wahr, jenes Gesetz redet allgemein, allein eben so wahr, und eine in den Gesetzen (b) gegründete Regel ist es, daß selbst allgemein redende Gesetze aus andern, die bestimmter reden, erkläret werden müssen.

§. 4.

Sind, wie die Gesetze sagen, die in dem Testamente bestätigten Kodicille Teile des Testa-

(b) L. 26. seq. ff. de legib.

Testaments, und wird das, was in demselben verordnet worden ist, so angesehen, als wenn es in dem Testamente geschehen wäre: so ist auch wohl die Folge richtig, daß dergleichen in dem Testamente bestätigte Kodicille, keine Zeugen bedürfen. Zum Beweis wollen wir hier nur einige Gesetze einrücken. So heißt es in der L. 2. §. 2 *ff de jure codicill.*:

> Codicillorum jus singulare est, ut, quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent,

und in der L. 11 *ff. testam, quemad. aperiant*:

> Sicuti codicilli pars intelliguntur testamenti, ita secundae tabulae principalium tabularum partem obtinere videntur. (c)

§. 5.

Ueberhaupt aber giebt die, in der L. 8. §. 3. *C. de codicill.* enthaltene Einschränkung *excepto testamento* zu erkennen, daß von solchen Kodicillen nur die Rede sey, die entweder ohne ein Testament gemacht sind, oder die in demselben nicht bestätiget worden. Denn von den, in dem Testamente bestätigten Kodicillen, konnte die Rede nicht seyn, weil diese ja, wie eben gezeigt ist, ein Theil des Testaments sind.

Nach

(c) Mit diesen Gesetzen stimmen überein: L. 12. §. 5 ff. de capt. et postlim. L. 16 ff. ad SCt. Trebell. L. 10. ff. de condit. inst. L. 38. de cond. et demonstr. L. 3 ff. de testam. tut.

Nach dieser, auch von mehrern Rechtsgelehrten (d) angenommenen Meinung, wurde auch in dem angeführten Falle gesprochen.

(d) *Bardili* Sched. testament. cap. 5. §. 3 et 4. *Stryk U. M.* Tit. de jur. codicill. §. 3. *J. H. Böhmer* de codicillis absque testibus validis. *G. L. Böhmer* de quatuor modis conficiendi codicill., et in praefat. ad J. H. Böhmer exercit. ad ff. Tom. 5. *Hoffacker* princ. jur. civ. Tom. 2. §. 1570. G. H. Lehr Erörterung der Frage: ob bei den, im Testament bestätigten Codicillen, Zeugen nöthig sind.

---

569. Meditation.

Ein Fall zur Erläuterung der L. fin. C. de fideicom. in Ansehung der Frage: ob der in diesem Gesetze dem Erben auferlegte Eid von demselben zurückgeschoben werden könne?

§. 1.

In der Note zu der 145. Meditation des dritten Bandes haben wir bemerket, daß es unter den Rechtsgelehrten (a) streitig sey: ob der Eid, welchen der Erbe auf Verlangen des Fideicommissarius ausschwören soll, auch von jenem diesem zurückgeschoben werden könne?

§. 2.

Das angeführte Gesetz, in so weit es auf die Entscheidung dieser Frage Einfluß hat, lautet so:

Quaestionem ex facto emergentem resecantes, et voluntati mortuorum prospicientes, san-

(a) Für die bejahende Meinung ist außer den, in gedachter Note angeführten Rechtsgelehrten: *Lauterbach* in tr. de juramentis, §. 5. et in diss. de relatione juramenti, §. 81. *Lynker* Decis. sect. 13. dec. 1269. Für die verneinende: *Richter* in decis. dec. P. 2. nr. 31.

sancimus: si sine scriptura et praesentia testium fideicommisso derelicto, fideicommissarius elegerit heredis juramentum, vel forsitan legatarii, vel fideicommissarii, quotiens ab eo relictum est fideicommissum, sive universitatis, sive speciale; necesse habere heredem, vel legatarium vel fideicommissarium, prius jurejurando de calumnia praestito, *vel sacramentum subire, et omni inquietudine se relaxare: vel si recusandum existimaverit sacramentum, aut certam partem, vel quantitatem manifestare fideicommissario derelictam noluerit, si forsan majorem fideicommissarius expetat, omnimodo exactioni fideicommissi subjacere et eum ad satisfactionem compelli, cum ipse sibi judex et testis inveniatur, cujus religio et fides a fideicommissario electa est*, nullis testibus, nullisque aliis adventitiis probationibus requisitis.

§. 3.

Mit diesem Gesetze stimmet auch der §. 12. *I. de fideic. hered.* völlig überein, worin es, was diesen Punkt betrifft, so heißt:

Si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit, necesse eum habere, *vel jusjurandum subire,*

quod

quod nihil tale a testatore audiverit, (b) vel recusantem ad fideicommissi vel universalis, vel specialis solutionem coarctari, ne depereat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa.

§. 4.

Beide angeführte Gesetze legen dem Erben die Verbindlichkeit auf, den Eid, wenn vorher der Fideicommissarius den Eid für die Gefährde abgestattet hat, entweder auszuschwören, oder wenn er das nicht will, das Fideicommiß auszuzahlen. Schon hieraus ist klar, daß in einem solchen Falle die Zurückschiebung des Eides völlig ausgeschlossen sey, denn er soll, wie in beiden Gesetzen gesagt wird, wenn er sich weigert, den Eid zu leisten, zur Bezahlung des Fideicommisses verpflichtet seyn.

§. 5.

(b) Aus dieser hier bestimmten Eidesformel: daß er nichts dergleichen von dem Erblasser gehöret habe, erhellet, daß keineswegs das Versprechen des Erben, den Willen des Erblassers hierin zu erfüllen, erforderlich sey. Eben so ist auch daraus klar, daß es nicht nöthig sey, daß der Erblasser grade die Worte an den Erben richte, sondern es ist hinlänglich, wenn der Erbe solche nur gehöret hat. M. s. übrigens die Note zum §. 1. der 146. Med. des 3ten Bandes.

§. 5.

Allein nicht blos dieser Grund ist es, warum hier keine Zurückschiebung des Eides statt finden kann, sondern selbst die allgemeinen, bei der Zurückschiebung des Eides eintretenden Grundsätze widersprechen derselben. Denn die Zurückschiebung ist unzulässig, wenn der Eid über ein eignes factum, oder über eine solche Sache abgestattet werden soll, davon der, dem der Eid zugeschoben worden ist, allein Wissenschaft hat. (c)

Ueberhaupt aber hängt die Gültigkeit eines solchen Fideicommisses blos allein von der, in dem Erben gesetzten Treue und Rechtschaffenheit ab, daß er dem Willen des Erblassers in diesem Stücke befolgen wolle. Leugnet er nun aber, daß ihm ein solches Fideicommiß auferlegt sey: so muß er auch nothwendig diese seine Behauptung mit einem Eide bestärken.

§. 6.

(c) L. 11. §. 2 ff. de act. rer. annot. *Wernher* part. 1. obs. 214. Unsre Meditationen, B. 9. Med. 450. §. 3. S. 129. Nur in diesen beiden Fällen würde die Zurückschiebung des Eides zu verstatten seyn: 1) wenn der Fideicommissarius gleiche Wissenschaft davon hat, z. B. wenn er zugegen gewesen, wie der Erblasser dem Erben das Fideicommiß auferlegt hat; 2) wenn es zweifelhaft ist, ob der Erbe damals, wie der Erblasser das Fideicommiß gemacht hat, zugegen gewesen. *Lynker* part. 3. dec. 1269. *Berger* oecon. jur. lib. 2. Tit. 4. §. 33. not. 9.

§. 6.

Diesen Grundsätzen gemäß wurde denn auch in einer gewissen Sache erkannt, und dem Erben, der sich weigerte, den ihm zugeschobenen Eid auszuschwören, und solchen dem Fideicommissarius zurückschob, auferlegt, das Fideicommiß auszuzahlen; die Zurückschiebung des Eides aber als unstatthaft verworfen.

570. Meditation.

Nur der Schenker, nicht dessen Erben, kann gegen den Beschenkten, wegen begangener Undankbarkeit, auf die Aufhebung der Schenkung klagen.

§. 1.

Die Ursachen, weswegen eine Schenkung, wegen Undankbarkeit des Beschenkten gegen den Schenker, aufgehoben werden könne, sind in der L. *fin. C. de revoc. donat.* enthalten. Es werden fünf Arten der Undankbarkeit angegeben, nemlich 1) wenn der Beschenkte gegen den Schenker grobe wörtliche Injurien ausgestoßen, oder 2) Hand an denselben geleget hat; 3) wenn er demselben einen empfindlichen Schaden an seinem Vermögen gethan hat, oder zu thun Willens gewesen ist; 4) wenn er denselben in Lebens-Gefahr, selbst, oder durch einen andern, gesetzt hat; 5) wenn er die, der Schenkung beigefügte Bedingung nicht erfüllet hat. (a)

§. 2.

(a) Daß aus keinen andern, als den hier angeführten Ursachen, eine Schenkung widerrufen werden könne, haben wir in der 259. Medit. des 4ten Bandes gezeigt.

§. 2.

Können nun aber auch die Erben des Schenkers gegen den Beschenkten, wegen begangener Undankbarkeit gegen den Schenker, auf die Aufhebung der Schenkung klagen, wenn dieser deshalb nicht geklagt hat?

Diese Frage wird sowol in den Gesetzen, als auch von den mehrsten Rechtsgelehrten (b) verneinend entschieden, und es giebt nur wenige Rechtsgelehrte, (c) die dem Erben in einem solchen Falle die Befugniß, zu klagen, zugestehen.

§. 3.

Die Gesetze, in welchen unsre Meinung sich gründet, sind die L. 1. 7. 10. C. de revoc. donat.; die hieher gehörigen Stellen jener Gesetze sind folgende. Am Ende der L. 1. heißt es:

Neque

(b) *Struv* ex. 40. §. 15. *Brunnemann* ad L. fin. C. de revoc. donat. *Stryk* U. M. Tit. de donat. §. 16. *Böhmer* intr. in jus dig. eod. tit. §. 25. *Leyser* spec. 437. med. 2. Strube rechtl. Bedenk. Th. 4. Bed. 178. *Hellfeld* jurispr. for. §. 1702. *Hoffacker* princ. jur. civ. §. 1002.

(c) *Gomez* var. resol. Tit. de donat. cap. 4. nr. 14. *Donellus* Comment. jur. civil. lib. 14. cap. 30. lit. (a).

Neque enim fas est ullo modo inquietari donationes, quas is qui donaverat, in diem vitae suae non retractavit,

und in der L. 7:

Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in heredem detur, nec tribuatur heredi.

endlich in der L. 10:

Hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus, hujusque querimoniarum primordinm instituere. Etenim si ipse, qui hoc passus est, tacuerit, silentium ejus maneat semper, et non a posteritate ejus suscitari concedatur, vel adversus eum, qui ingratus esse dicitur, vel adversus ejus successores.

Mehr, als dieser so klaren Verordnungen der Gesetze, bedarf es wohl nicht zum Beweis unserer Meinung.

§. 4.

Die Gründe, die nun dieser Meinung entgegen zu stehen scheinen, sind auch so schwach, daß sie kaum einer Widerlegung bedürfen.

Der Hauptgrund davon liegt in der, §. 3. angeführten L. 7. *C. de revoc. donat.*, worin gesagt wird, daß die Klage, welche der Mutter gegeben wird, die ihren undankbaren Kindern gemachte Schenkung zu widerrufen, die Wir-

Wirkung der Vindication habe, woraus denn folge, daß diese auf den Widerruf der Schenkung gehende Klage eine dingliche Klage sey, die gegen jeden Besitzer gehe.

§. 5.

Allein das in jenem Gesetze gebrauchte Wort *vindicatio* bedeutet so viel als *ultio*, Rache; keinesweges aber, daß diese Klage die Wirkung der Vindications-Klage habe. Daß nun aber die *Condictio ex L. fin. C de revoc. donat.* oder wie sie von andern genannt wird, die *actio ingrati* nicht zu den dinglichen Klagen gehöre, ist schon daraus klar, weil dingliche Klagen nur demjenigen zustehen, der Herr der Sache, die er von einem fordert, ist. (d) Dies ist aber hier der Fall nicht, da bei einer Schenkung das Eigenthum auf den Beschenkten übergeht. (e)

Ferner kann eine dingliche Klage nur gegen einen Besitzer als Besitzer angestellet werden. (f) Der Grund aber der auf den Widerruf der Schenkung gehenden Klage, ist blos die Undankbarkeit des Beschenkten; sie entspringt also aus einem Verbrechen, und kann also schon aus diesem Grunde nicht gegen die Erben statt finden.

§. 6.

(d) §. 1. I. de act. L. 23 ff. de rei vind.
(e) §. 40. I. de rer. divis.
(f) L. 36 ff. de rei vind.

§. 6.

Die Erben des Schenkers glaubten nicht nur, aus jenem Grunde die Schenkung widerrufen zu können, sondern sie glaubten dazu um so mehr berechtiget zu seyn, weil der Beschenkte sich gegen sie selbst äußerst undankbar betragen hatte.

Daß aber aus diesem letztern Grunde die Schenkung nicht von den Erben könne widerrufen werden, ist schon daraus klar, weil, wie *Leyser spec.* 437. *med.* 2. sagt:

Nam ingratus dici nequit, nisi qui ab eo, contra quem peccat, beneficium accepit. At heredi tributum nihil fuit. Igitur Justinianus in *L.* 10. *C. de revoc. donat.* districte requirit, ut donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur.

Es mußten also die Erben des Schenkers mit ihrer Klage, unter Erstattung der Kosten, abgewiesen werden.

571.

571. Meditation.

Ein, der Schenkungs-Urkunde angehängter, Vertrag: die Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten nicht widerrufen zu wollen, ist ungültig.

§. 1.

In einer von dem Schenker ausgestellten Schenkungs-Urkunde hieß es:

> ob ich gleich das Zutrauen habe, daß N. N. die Schenkung stets mit Dank erkennen, und mir nie Ursach geben werde, solche wegen Undankbarkeit zu widerrufen: so will ich doch hiemit der, in der *L. 10. C. de revoc. donat.* jedem Schenker gegebenen, Befugniß, die Schenkung wegen begangener Undankbarkeit des Beschenkten widerrufen zu können, wohlbedächtlich entsagen.

§. 2.

Einige Jahre nach der geschehenen Schenkung, geriethen der Schenker und der Beschenkte in einer zahlreichen Gesellschaft mit einander über politische Gegenstände in Wortwechsel, der mit solcher Heftigkeit unter beiden geführet wurde, daß der Beschenkte den Schenker thätlich angriff, und dergestalt

schlug,

schlug, daß dieser einige Zeit das Bette hüten mußte.

Wegen dieser thätlichen Injurien, klagte der Schenker nicht blos auf Bestrafung, sondern widerrief auch die gemachte Schenkung, und bat, den Beschenkten anzuhalten, ihm das geschenkte Stück Land wieder heraus zu geben.

§. 3.

Der Beschenkte glaubte, daß er zur Wiederherausgabe des Stück Landes keinesweges verpflichtet sey.

Er berief sich fürs erste auf den §. 1. angeführten Vertrag. Nach demselben habe sich der Schenker der Befugniß, die Schenkung wegen Undankbarkeit zu widerrufen, freiwillig und wohlbedächtlich begeben. Wenn es nun wahr sey, daß jeder sich seines Rechts begeben, und daß man von den Rechten, worauf man einmal Verzicht gethan habe, keinen Gebrauch mehr machen könne: so müsse schon aus dieser Ursache die Klage auf den Widerruf der Schenkung wegfallen. Diese Klage falle aber noch fürs zweite um so mehr weg, da der Schenker zu dem, zwischen ihnen beiden vorgefallenen Streite, den ersten Anlaß gegeben habe, als in welchem Falle jene Klage nicht statt finde. (a)

§. 4.

(a) *Horn* Cons. et Resp. Cl. 10. resp 5.

§. 4.

Aber dieser Gründe ungeachtet, wurde auf die Wiederaufhebung der Schenkung erkannt.

Jener angeführte Vertrag konnte nemlich dem Schenker nicht entgegenstehen, (b) da er unstreitig zu den Verträgen gehöret, die, wie die Gesetze sagen, gegen die guten Sitten anstoßen, und keine verbindliche Kraft haben.

Pacta quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar, *ne furti agam, vel injuriarum si feceris*, expedit enim timere furti vel injuriarum poenam.

L. 27. §. 4 ff. de pact. (c)

Ja die Rechtsgelehrten (d) gehen hierin, und zwar mit Recht, so weit, daß sie einem solchen Vertrage alle verbindliche Kraft absprechen, wenn er gleich mit einem Eide bestärket ist.

Frei-

(b) *Brunnemann* ad L. fin. C. de revoc. donat. *Lauterbach*? *Zoesius* ad ff. Tit. de donat. nr. 93. *Stryk* caut. contr. Sect. 3. cap. 9. §. 7.

(c) M. s. L. 27. §. 3. L. 7. §. 16 ff. de pact. Cap. 58. 64. 69. de reg. jur. in 6.

(d) *Ludovici* de genuino intellectu brocardici: omne juram. serv. esse etc. §. 16. *Wernher* part. 10. dec. 285. Cap. 2. de pact. in 6. Cap. 28 X. de jurejur. Gegenseitiger Meinung ist *Carpzov* dec. 123. nr. 5.

Freilich kann jeder seinem Rechte entsagen, und von den Rechten, auf welche er Verzicht geleistet hat, keinen Gebrauch machen. Aber diese Regeln leiden noch viele Einschränkungen, und hier besonders die Ausnahme, daß wir solchen Rechten, worüber wir keine Verträge machen können, auch nicht entsagen können. (e)

§. 5.

Die zweite Einrede würde weit mehrern Grund gehabt haben, wenn sie in der Wahrheit wäre gegründet gewesen; aber dies war sie auch nicht, wie aus den Aussagen der deshalb abgehörten Zeugen hervorging. — Diese Zeugen sagten nemlich aus: der jetzige Kläger habe in der Gesellschaft, worin sie zugegen gewesen wären, über einen politischen Gegenstand zu reden angefangen, und deshalb seine Meinung geäußert. Dieser geäußerten Meinung hätten viele, am heftigsten aber der Beschenkte dem Schenker, widersprochen. Beide hätten, nachdem die übrigen stille geschwiegen, mit Heftigkeit gegen einander gestritten. Endlich habe der Beschenkte dem Schenker vor die Brust gegriffen, denselben geschüttelt, mit dem Stuhl, worauf derselbe gesessen, auf die Erde geworfen, und mit geballter Faust dergestalt ins Gesicht geschlagen, daß das Blut aus Nase und Mund Stromweise geflossen

(e) *Hommel* Rhaps. obs. 273. nr. 2. 3.

flossen sey. Zu einer solchen Behandlung habe der Schenker keinen Anlaß gegeben; er habe zwar seine geäußerte Meinung mit Hitze vertheidiget, aber doch nicht ehrenrühriger Ausdrücke sich gegen den Beschenkten bedient, vielmehr habe dieser vor entstandener Schlägerei oft die Worte: dumm, einfältig, gebraucht.

---

572. Meditation.

Findet die L. 19. ff. de usu et usufr. leg. auch heut zu Tage noch Anwendung?

§. 1.

Nach der *L. 19. ff. de usu et usufr. leg.* soll in dem Falle, wenn dem einen das Eigenthum der Sache, dem andern der Niesbrauch derselben vermacht worden ist, auch der Eigenthümer an dem Niesbrauche Teil haben, und dieser unter beiden getheilet werden. Das Gesetz lautet so:

Si alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi, testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur, nam detracto usufructu, proprietatem eum legare oportet eo modo: *Titio fundum detracto usufructu lego*, vel, *Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato:* quod nisi fecerit ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.

§. 2.

Leyser spec. 384. med. 2. und mit ihm mehrere Rechtsgelehrte (a), sind für die Anwendung jenes Gesetzes in vorkommenden Fällen. Er schreibt hierüber so:

Quum testator alii fundum, alii usumfructum legat, ambo in usumfructum concurrunt, per L. 6. de usufr. ear. rer. et L. 19. de usufr. legat: Vix hoc menti testatoris convenire videtur. Quare et *Struvius in jurispr. Lib. 2. Tit. 24. §. 7 et Hertius in dissert. de servitute facto constituta Sect. 3. obs.* 1. negant, secundum jus romanum judicandum esse. Judicatum tamen fuit apud *Carpzovium part.* 3. *const.* 13. *def.* 7. Nec debuit aliter; testator enim, nisi aliud clare dixit, jurium dispositione se confirmasse censetur.

§. 3.

Andre Rechtsgelehrte (b) sind aber gegenseitiger Meinung. So schreibt *Titius* in observat. ad Lauterbachium obs. 923:

Licet

(a) *Lauterbach* Colleg. theor. pract. Tit. de usufr. §. 18. *Huber* praelect. jur. civ. Tit. de usufr. nr. 1. *Berger* oecon. jur. lib. 2. Tit. 4. §. 26. not. 9. *Müller* ad Leyser: obs. 603. Thibaut System des Pandektenrechts §. 973.

(b) *Stryk* U. M. Tit. de usu et usufr. leg. §. 2. et in caut. testam. cap. 20. §. 23. *Böhmer* intr.

Licet fundi appellatio alias proprietatem et usumfructum comprehendat, attamen si fundi uno legato, alii ejus ususfructus indefinite legatur, satis ubique inde apparet, quod legans fundi nomine solam proprietatem intellexerit.

§. 4.

Bekannt ist es, daß nach dem åltern römischen Rechte, Vermächtnisse nur befehlsweise hinterlassen werden konnten, und unter gewissen Formeln hinterlassen werden mußten. Dieses aber hat Justinian abgeåndert, und allen Unterschied, der sonst in diesem Stücke unter Vermächtnissen und Fideikommissen war, aufgehoben (c), so daß jeßt aller Unterschied unter beiden in Absicht der Worte und Formeln aufgehoben ist. Jenes Geseß nun, wie aus dem Inhalte desselben klar ist, rühret aus jenen åltern Zeiten her. Es war nach demselben die Absicht des Erblassers, daß der eine blos die Sache haben sollte, ohne an dem Niesbrauche Teil zu nehmen. Er hatte sich aber hier, in der

intr. in jus. dig. Tit. de usu et usufr. leg. §. 3. et in dissert. de verb. direct. et oblig. §. 13. *Krefs* spec. jurispr. lib. 2. tit. 12. §. 18. Strube rechtl. Bedenk. B. 5. No. 110. *J. C. Knoetschker* de usu hodierno L. 19. de usu et usufr. et red. leg.

(c) §. 3. J. de legat. L. 2. C. commun de legat. et fideicom.

der Formel, unter welcher er diese Vermächtnisse hätte hinterlassen müssen, blos geirrt, da er den Zusatz: nach Abzug des Niesbrauchs, vergessen hatte. Ist nun der Wille des Erblassers klar: so kann, da, wie schon gesagt ist, aller Unterschied in Absicht der Worte und Formeln, unter Vermächtnissen und Fideikommissen aufgehoben ist, jene gesetzliche Disposition heut zu Tage keine Anwendung mehr finden.

---

573. Meditation.

Zur Ausschwörung des Haupteides durch einen Bevollmächtigten, wird die Einwilligung des Deferenten erfordert.

§. 1.

Nach der Fürstl. Lippischen Verordnung vom 26. Septbr. 1774, in dem zweiten Bande Nr. 218. S. 494. der Landes-Verordnungen, sollen die Eide in eigner Person ausgeschworen werden, und nur wegen weiter Entfernung der Partheien oder deren Krankheit, die Ableistung derselben durch einen Bevollmächtigten, der deshalb mit einer besondern, die Eidesformel enthaltenen, und von der Parthei, die schwören soll, unterschriebenen Vollmacht versehen seyn muß, zugelassen werden.

Die Verordnung selbst lautet so:

Ferner ist zwar bisher die gerichtliche Eidesleistung durch einen Bevollmächtigten alsdann bei unsern Ober- und Untergerichten erlaubt gewesen, wenn die Gegenparthei die Ausschwörung des Eides in eigner Person nicht ausdrücklich verlangt hat.

Da aber eines Teils eine nicht sehr gewissenhafte Parthei sich solche weniger verbindlich, und auch dabei verschiedene Auswege denken; andern Teils aber derselben durch Er-

Erklärung und Warnung die wahre Absicht und Wichtigkeit des Eides nicht zu Gemüthe geführet werden, auch oft nicht einmal zureichende Gewißheit da seyn kann, daß sie die Vollmacht dazu selbst unterschrieben habe: so wollen und befehlen Wir, zur möglichsten Abwendung der auf solche Art möglichen Meineide, daß von nun an jede gerichtliche Eidesleistung nicht anders, als in Person geschehen, und wenn sie, als eine Ausnahme, wegen weiter Entfernung vom Gericht, oder Krankheit der Parthei, durch einen Bevollmächtigten geschehen müßte, doch nur unter der ausdrücklichen Bedingung zugelassen seyn solle, daß von der Obrigkeit des Wohnorts der Parthei, welche schwören soll, ein Zeugniß beigebracht werde, daß die ausgestellte, mit der Eidesformel jedesmal versehene Vollmacht von ihr wirklich unterschrieben, und vor der Unterschrift die Warnung für den Meineid ihr wirklich geschehen sey.

§. 2.

In einem gewissen Rechtsstreite wurde darüber unter den Partheien gestritten: ob es nach dieser Verordnung auch erforderlich sey, daß der Deferent in die Ausschwörung des Eides durch einen Bevollmächtigten willigen müsse, oder ob er nicht vielmehr auf die Abstattung des Eides in eigner Person bestehen könne.

Der

Der Fall war dieser: der Beklagte hatte dem Kläger, der 14 Meilen von dem Orte, wo der Prozeß zwischen beiden geführet wurde, entfernt war, den Eid über den zwischen Beiden streitigen Punkt zugeschoben. Dieser Eid wurde von dem Kläger angenommen, und sein Bevollmächtigter, mittelst einer, nach obiger Verordnung eingerichteten, Vollmacht beauftraget, den Eid in seinem Namen auszuschwören. Der Beklagte wollte aber die Ausschwörung des Eides durch den Bevollmächtigten nicht zulassen, sondern bestand auf eigne Ableistung desselben, und auch darauf, daß solche in dem Gerichte, wo der Prozeß unter beiden geführet wurde, geschehe.

§. 3.

Nach dem in dieser Sache erfolgten Urteil, wurde auf die eigne Ableistung des Eides erkannt, jedoch der Beklagte mit seinem Gesuch, daß der Eid in dem Gerichte, wo der Rechtsstreit anhängig war, abgewiesen.

Die Zweifels- und Entscheidungsgründe zu diesem Erkenntnisse sind folgende.

§. 4.

In der oben §. 1. angeführten Landesherrlichen Verordnung, und durch die dispositiven Worte derselben, scheinet die Einwilligung der Gegenparthei zur Abstattung des angetragenen Eides durch einen Bevollmächtigten nicht erfor-

derlich zu seyn. Denn ob zwar in derselben die Regel festgesetzt wird, daß jede gerichtliche Eidesleistung in Person geschehen solle: so ist doch auch die Abstattung des Eides durch einen Bevollmächtigten, als Ausnahme von der Regel, wegen weiter Entfernung von dem Gerichte, oder Krankheit der Partheien zugelassen, und hiebei blos zur Bedingung gemacht worden, daß von der Obrigkeit des Wohnorts der Parthei, welche schwören soll, ein Zeugniß beigebracht werde, daß die ausgestellte, mit der Eidesformel jedesmal zu versehende Vollmacht, von ihr wirklich unterschrieben, und vor der Unterschrift die Warnung vor dem Meineide geschehen sey.

§. 5.

Von der Nothwendigkeit der Einwilligung der Gegenparthei geschieht aber keine Erwähnung. Da nun durch diese neuere Verordnung, die ältere Gerichts-Observanz, wornach die gerichtliche Eidesleistung durch einen Bevollmächtigten alsdann, wenn die Gegenparthei die Abschwörung des Eides in eigner Person nicht ausdrücklich verlangt hat, erlaubt gewesen, überhaupt aufgehoben worden ist, und darin die Nothwendigkeit der Einwilligung der Gegenparthei in den ausgenommenen Fällen, worin ferner noch ein Bevollmächtigter zuzulassen, nicht wiederholet ist: so scheinet auch auf diese Einwilligung, in den ausgenommenen Fällen, nicht weiter zu achten zu seyn. Zumal scheinet

das

das hier der Fall zu seyn, weil solche Ausnahmen von der Regel, die das Gesetz selbst gemacht hat, sobald die Bedingungen, woran sie gebunden sind, eintreten, ohne Widerspruch, und ohne neue Einschränkungen zu machen, eintreten.

§. 6.

Und so hat es auch das Ansehen, daß das Verlangen des Beklagten, daß Kläger den Eid in dem Gerichte, wo dieser Rechtsstreit geführet worden, abstatten müsse, nicht ungerecht sey. Die Regel ist hier allerdings für den Beklagten, zumal da eine Entfernung von 14 Meilen keine weite Entfernung, die das Gesetz doch erfordert, genannt werden kann.

§. 7.

Diese Zweifelsgründe sind aber von weniger Erheblichkeit.

Jeder Haupteid muß, den Rechten nach, von dem zu schwören Verbundenen, in Person geleistet werden, wenn nicht der Deferent in die Ausschwörung desselben durch einen Bevollmächtigten, williget.

Malblanc doctrina de jurejurando pag. 336.

Von dieser Regel macht nun jene Landes-Verordnung keine Ausnahme. Denn vor der Verordnung war die gerichtliche Eidesleistung durch

durch einen Bevollmächtigten, bei den Ober- und Untergerichten alsdann zulässig, wenn die Gegenparthei die Ausschwörung des Eides nicht ausdrücklich verlangte. Es hing also vormals in jedem Falle von der Gegenparthei ab, ob sie die Ausschwörung in eigner Person verlangen, oder aber dieselbe durch einen Bevollmächtigten bewilligen wollte.

§. 8.

Aus den, in der gedachten Verordnung enthaltenen Ausnahmen, in welchen die Abstattung des Eides durch einen Bevollmächtigten zugelassen wird, ist es offenbar, daß durch diese Verordnung, aus den darin auf Verhütung des Meineides gerichteten Gründen, die vormalige Gerichts-Observanz, wornach der Regel nach die gerichtlichen Eidesleistungen durch Bevollmächtigte statt gehabt haben, aufgehoben, und die Eidesleistung in eigner Person, die Fälle der weitern Entfernung vom Gerichte, oder der Krankheit der Parthei, welche schwören soll, ausgenommen, vorgeschrieben worden sey.

§. 9.

Hierdurch ist aber keinesweges die vorherbestandene Observanz, da nemlich die Ausschwörung des Eides von der Gegenparthei ausdrücklich verlangt worden, aufgehoben, indem dieses, wie aus der Verordnung zu ersehen, nicht ausdrücklich geschehen, auch nicht stillschweigend darin

darin enthalten ist. Denn die neuere Landes-Verordnung hat blos die Eidesleistung in eigner Person zum Gegenstande, und solche, um Meineide, die bei der Eidesleistung durch Bevollmächtigte sehr leicht begangen werden können, zu verhüten, zur Regel gemacht; sonach die, schon vormals die Eidesleistungen durch Bevollmächtigte ausschließende Ausnahme, wenn nemlich die Gegenparthei derselben ausdrücklich widersprochen hat, unter sich gar nicht begriffen.

§. 10.

Wenn nun auch gleich in der neuern Verordnung die beiden Fälle, nemlich einer weiten Entfernung vom Gerichte, oder der Krankheit der Person, welche schwören soll, noch ausgenommen, und hierin die gerichtlichen Eidesleistungen durch Bevollmächtigte, ohne daß von der Nothwendigkeit der Einwilligung der Gegenparthei Erwähnung geschehen, ferner verstattet worden: so ist doch die Einwilligung der Gegenparthei dazu um so weniger für aufgehoben anzunehmen, als diese Ausnahme blos zu der neuerlich verordneten Regel gehöret.

§. 11.

Ueberdem ist jedes abändernde und correctorische Gesetz enge zu interpretiren, und nur so viel von den älteren Gesetzen, als in dem neuen deutlich und bestimmt aufgehoben worden ist,

oder welches mit diesen übrigens nicht bestehen mag, für aufgehoben zu achten.

Mevius part. 1. dec. 200. nr. 4.

Aus diesen Gründen kann also der Kläger sich der Eidesleistung in eigner Person nicht entsagen. Daß nun aber der Eid gerade in dem Gerichte, wo der Prozeß geführet wird, abgestattet werde, das erfordern die Gesetze nicht,

L. 12. §. 4. C. de reb cred. et jurejur.

zumal da hier eine gegründete Ursache dazu, nemlich die weite Entfernung von dem Orte, wo der Prozeß geführet wird, vorhanden ist, und überhaupt auch die Vorschrift des Gesetzes, daß alle Eide in Person ausgeschworen werden sollen, erreicht wird (a).

(a) S. auch Geigers und Glücks Rechtsfälle B. 3. Nr. 41, woselbst behauptet wird, daß Fürstliche Personen den zugeschobenen Haupteid und Diffessionseid in eigener Person ausschwören müssen, wenn es der Gegenteil verlangt.

574. Meditation.

Wider das gerichtliche Geständniß des Minderjährigen, das ihm angeschuldigte Verbrechen begangen zu haben, findet die Wiedereinsetzung in vorigen Stand nicht statt.

§. 1.

Ein Minderjähriger, der das ein und zwanzigste Jahr erreicht hatte, wurde von einer unverheiratheten Frauensperson als Vater des von ihr erzeugten Kindes angegeben. In dem auf diese Klage angesetzten Termin, leugnete Anfangs derselbe, mit dieser Frauensperson etwas zu schaffen gehabt zu haben. Es wurde ihm aber von derselben so vieles vorgehalten, daß er endlich eingestand, derselben zu drei verschiedenen Malen beigewohnt zu haben. Diesem Geständniß zufolge wurde derselbe denn auch verurteilt, sich mit der von ihm Geschwächten abzufinden, und das von ihr erzeugte Kind zu ernähren.

§. 2.

Nicht lange nach diesem Vorgange widerrief der Minderjährige sein Geständniß, jedoch ohne seinen Widerruf weiter zu begründen, als daß er blos sein minderjähriges Alter vorschützte,

te, und suchte dagegen die Wiedereinsetzung in vorigen Stand nach; daher denn die Frage entstand: ob solche hier statt finde (a)?

Daß bei dem, von einem Minderjährigen verübten Verbrechen, diesem die Wiedereinsetzung in vorigen Stand nicht zu Statten kommen könne, sagen die Gesetze ganz deutlich.

> In delictis, dies sind die Worte der L. 37. §. 1. *ff. de minor.*: autem minor annis viginti quinque non meretur in integrum restitutionem, ubique atrocioribus, nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad mediocrem poenam judicem perduxerit. Sed ut ad legis Juliae de adulteriis coercendis, praecepta veniamus, utique ulla deprecatio adulterii poenae est, si minor annis adulterium fateatur.

Dieses Gesetz lehret, daß zwar ein Minderjähriger, wegen eines von demselben begangenen Verbrechens, gelinder bestraft werden könne, allein daß auf den Widerruf seines Geständnisses hiebei zu achten sey, wird vielmehr darin widersprochen.

§. 3.

Eben so wird in der L. 9. §. 2. *ff. de minor.* die Regel aufgestellt: daß bei Verbrechen dem Minderjährigen sein Alter nicht schütze.

Nunc

(a) Diese Frage verneinet *Cocceji* jus. contr. Tit. de minor. qu. 15. Hingegen wird sie bejahet von *Struv* Synt. jur. civ. ex. 8. §. 57.

Nunc videndum, minoribus utrum in contractibus captis duntaxat subveniatur, an etiam delinquentibus, ut puta dolo aliquid fecit in re deposita vel commodata, vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? Et placet in delictis, minoribus non subveniri, nec hic itaque subvenietur. Nam et si furtum fecit, vel damnum injuria dedit, non ei subvenietur. Sed si cum ex damno dato, confiteri possit, ne dupli teneatur, maluit negare, in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur. Ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis, quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur (b).

§. 4.

Die Endworte dieses Gesetzes: *sed si cum ex damno* scheinen uns zwar entgegen zu stehen, aber sie thun es in der That nicht. Der Minderjährige hatte nemlich nach jenem Gesetze geleugnet, jemandem Schaden zugefügt, oder einen Diebstahl begangen zu haben. Bekanntlich ging die aus dem Aquilischen Gesetze entspringende Klage gegen den, der den Schaden zugefügt hatte und denselben ableugnete, auf den doppelten Werth. Eben so ging die actio

(b) Man vergleiche mit beiden Gesetzen L. 1. C. si advers. delict.

actio furti, je nachdem der Dieb ertappet wurde, (furtum manifestum) oder nicht, (furtum nec manifestum) auf den vierfachen, oder doppelten Werth der Sache. In einem solchen Falle nun, da ein Minderjähriger leugnet, jemanden Schaden zugefügt, oder bestohlen zu haben, soll ihm wider dieses Leugnen seine Minderjährigkeit zu statten kommen, und als ein Eingestehender angesehen werden, damit er mit der einfachen Ersetzung des Werthes durchkomme.

§. 5.

In der L. 6. §. 5. *ff. de confess.*, welches Gesetz uns gerade entgegen zu stehen scheinet, wird vom gegenwärtigen Falle gar nicht geredet. Es heißt darin:

In pupillo tutoris auctoritatem exigimus. Minorem a sua confessione restituemus.

Denn dieses Gesetz, wie der Zusammenhang mit dem vorhergehenden lehret, redet nur von dem Falle, wenn der Minderjährige eine Schuld ohne Beitritt seines Kurators eingestanden hat.

§. 6.

Dieses alles aber würde, wie wir auch schon bemerkt haben, nur dann statt finden, wenn der Minderjährige gar keinen andern Grund seines Widerrufs als sein minderjähriges Alter anführen kann. Denn hätte er etwa aus Furcht oder Drohung das ihm Schuld gegebene Verbrechen

brechen eingestanden: so würde ihm, eben so wie einem Volljährigen in dergleichen Fällen, die Wiedereinsetzung in vorigen Stand nicht abgesagt werden können, wie das die L. 1. §. 27. ff. de quaest. beweiset.

Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est, non, nunquam enim aut metu, aut qua alia de causa in se confitentur. Et ex epistola Divorum fratrum ad Voconiam Saxam qua continetur liberandum eum, qui in se fuerat confessus, cujus post damnationem de innocentia constitisset (c).

(c) Man vergleiche hiemit L. 23. §. fin. L. 24. L. 25. ff. ad leg. Aquil.

---

575. Meditation.

Ein Zunft-Mitglied ist befugt, wegen Beeinträchtigung der Zunft-Privilegien, zu klagen.

§. 1.

Der Zunftzwang besteht in dem Rechte, die Treibung eines zunftmäßigen Gewerbes, innerhalb des der Zunft angewiesenen Bezirks, allen denen, welche weder zur Zunft gehören, noch vom Staate besonders privilegiret sind, zu untersagen (a).

Ob nun, wenn dieser Zunftzwang gegen einen Unzünftigen ausgeübt werden soll, es erforderlich sey, daß entweder alle, oder doch der größte Teil der Zunft-Mitglieder, daran Teil nehmen müssen? darüber wurde in einer gewissen Sache gestritten.

§. 2.

Ein Mitglied der Kaufmanns-Zunft klagte gegen einen Krämer darüber, daß dieser außer seiner Kram-Waare, auch mit solchen Sachen handle, die ausschließlich für die Kaufmanns-Zunft gehörten. Der Krämer wollte sich auf diese

(a) Terlinden Grundsätze des Preußischen Stadt- und Bürgerrechts §. 92.

diese Klage nicht einlassen, weil er glaubte, daß dem klagenden Kaufmann das Recht nicht zustehe, für sich allein zu klagen, sondern, daß dies von der ganzen, oder doch dem größten Teile der Kaufmanns-Zunft geschehen müsse. Zur Unterstützung seiner Behauptung berief er sich auf die *L. 3. ff. quod cujuscunq. univers. nom.* nach welcher erfordert werde, daß derjenige, welcher Namens einer Gemeine klagen wolle, dazu wenigstens von zwei Dritteil der Gemeine, den Auftrag haben müsse. So heiße es nemlich in jenem Gesetze:

> Nulli permittetur nomine civitatis vel curiae experiri, nisi ei, cui lex permittit, aut lege cessante, ordo dedit, cum duae partes adessent, aut amplius quam duae.

§. 3.

Ferner verordneten die Gesetze ganz deutlich, daß solche Rechte, die einer ganzen Universität oder Gemeine zuständen, nur von dieser, nicht aber von einem einzelnen Mitgliede derselben, ausgeübt werden könnten. Dies sagten die *L. 7. §. 1. ff. quod cujuscunq. univers. nom.* und *L. 6. §. 1. ff. de rer. div.* ganz deutlich. Das erste Gesetz enthalte hievon folgendes:

> Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent,

und das zweite:

Uni-

Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra, et stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum.

Hiernach müsse also der unbefugte Kläger mit seiner Klage abgewiesen werden.

§. 4.

Die einer Zunft erteilten Privilegien und Rechte sind von einer doppelten Art. Sie betreffen nemlich entweder die Rechte und Vorteile jedes einzelnen Mitgliedes der Zunft, oder die ganze Zunft zusammen genommen.

Da die Vorrechte der ersten Art von jedem Zunft-Mitgliede für sich allein ausgeübt werden können: so folgt daraus von selbst, daß ein solches Mitglied sich jeder Störung und Beeinträchtigung seiner Vorrechte, ohne die Zustimmung der übrigen Zunft-Genossen nöthig zu haben, widersetzen könne.

§. 5.

Der Beweis hievon liegt nicht nur in der Sache selbst, sondern gründet sich auch in deutlichen Gesetzen. Die *L. 2. §. 2. ff. ne quid in loco publ. vel itin. fiat* verordnet folgendes:

Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque; et tantum juris habemus, ad

ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet, propter quod, si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propter quam rem, hoc interdictum propositum est.

§. 6.

Was nun noch die für die gegenseitige Meinung angeführten Gesetze betrifft, so stehen uns diese keinesweges entgegen.

Will jemand, Namens einer ganzen Gemeine oder Zunft, klagen, so muß er freilich eine, wenigstens von zwei Drittteil der Zunftgenossen unterschriebene Vollmacht beibringen. Dies war hier aber der Fall nicht, da ein Mitglied der Zunft in seinem eigenen Namen klagte.

Das zweite Gesetz *L. 7. §. 1. ff. quod cujuscunq. univers. nom.* wird ganz unrichtig auf darliegenden Fall angewendet. Hat eine Zunft Kapitalien, die der ganzen Zunft gehören, ausstehen, oder ist die ganze Zunft ein Kapital schuldig: so kann so wenig ein Zunft-Mitglied über das ausstehende Kapital disponiren, so wenig auch das von einer ganzen Zunft schuldige Kapital, von einem einzelnen Zunft-Genossen gefordert werden kann. Hiernach erklärt sich die *L. 6. §. 1. ff. de rer. div.* von selbst. Diesemnach wurde denn auch der Be-

klagte angewiesen, sich auf die Klage einzulassen (b).

(b) *Stryk* U. M. lib. 3. Tit. 4. §. 7. *Böhmer* Introd. in jus dig. lib. 3. Tit. 4. §. 8. *Struv* Jurispr. opific. Tom. 3. lib. 4. cap. 1. §. 9. *Leyser* sp. 10. med 1. *Müller* observ. ad Leyseri medit. Tom. 1. fasc. 1. obs. 40. *Wasmuth* tractatio de privilegiorum natura generatim et in specie de mod. quib. fin. vel amittuntur cap. 1. §. 19.

576.

576. Meditation.

Das Gutachten oder Zeugniß eines Kunsterfahrnen beweiset, ohne Angabe des Grundes seines Urteils, nichts.

§. 1.

Es bemerkt von Puffendorf in der 105. Observation des zweiten Bandes ganz recht, daß Kunsterfahrne schuldig sind, auch ungefragt den Grund ihres Urteils, in dem von denselben abzustattenden Gutachten oder abzulegenden Zeugnisse anzugeben, und daß ohne solches ihr Gutachten und Zeugniß nichts beweise (a).

Dieser Satz, wenn er gleich von einigen Rechtsgelehrten (b) bestritten wird, bedarf keines weitläuftigen Beweises.

§. 2.

Kunsterfahrne sollen durch ihr Gutachten oder Zeugniß den Richter in Stand setzen, ein Urteil in der Sache, worin Kunsterfahrne zugezogen worden, zu fällen; wie kann dies aber geschehen, wenn diese nicht aus Gründen ihrer

(a) Fredersdorf Justiz=Beamter Band 2. Th. 2. Absch. 2. Kap. 49. §. 21. *Hofacker* princ. jur. civ. §. 4492.

(b) M. s. die angeführte Observ.

erlernten Wissenschaft zeigen, warum sie so und nicht anders geurteilet haben? Ihr Gutachten oder Zeugniß ist, wenn darin der Grund ihres Urteils fehlet, nichts mehr werth, als die Aussage eines Zeugen, der den Grund seiner Wissenschaft nicht angegeben hat, und muß hier das eintreten, was in der L. 4. C. de testib enthalten ist.

Sola testatione prolatam, nec aliis legitimis adminiculis, causam approbatam, nullius esse momenti, certum est.

§. 3.

Man kann hiergegen nicht sagen, daß ein Kunsterfahrner in dem, was seine Kunst betrifft, völligen Glauben verdiene, so wenig wie der Einwurf, daß, weil ein Richter nicht verpflichtet sey, die Gründe seiner Entscheidung anzugeben, gleichergestalt auch Kunsterfahrne dazu nicht schuldig wären, etwas sagen will.

Denn ob ein Kunsterfahrner völligen Glauben verdiene, das zeigt sich erst aus seinem, mit Gründen unterstützten, Gutachten. Diese Gründe müssen ja erst lehren, ob er in der Sache recht, oder nicht recht geurteilet habe. Ein Richter aber ist angewiesen, nach den Gesetzen zu urteilen, und liegen so die Gründe seines Erkenntnisses in den Akten und Gesetzen.

§. 4.

Dieses zum voraus gesetzt, wollen wir hier einen

einen Fall, statt einer weitern Ausführung dieser Streitfrage, anführen.

Der Käufer eines Pferdes stellte gegen den Verkäufer desselben die Redhibitorien-Klage deswegen an, weil er behauptete, daß das Pferd zur Zeit des Kaufs mit dem Koller behaftet gewesen sey. Zum Beweis seiner Behauptung brachte er ein Attest des Thier-Arztes bei, worin von demselben bezeugt wurde, daß er mehrmalen Symptomen des Kollers an dem Pferde bemerkt habe. Eben das wurde auch von demselben, da er über Artikel abgehöret wurde, bezeugt.

Worin aber diese bemerkten Symptomen bestanden, war nicht angegeben, es blieb mithin auch ungewiß, ob diese Symptome so beschaffen waren, daß aus dem Daseyn derselben folge, daß das Pferd wirklich den Koller habe. Es wurde also auf dieses Attest und Zeugniß keine Rücksicht genommen, und solches für nicht beweisend erkannt.

---

577. Meditation.

Wenn in dem, zwischen dem Pfand-Gläubiger und Schuldner errichteten Vertrage, dem ersten das Recht gegeben ist, nach verflossener Zahlungsfrist das Pfand verkaufen zu können: so braucht derselbe, wenn er zum Verkauf schreiten will, solchen Verkauf dem Schuldner nicht anzuzeigen.

§. 1.

Zu den, einem Pfandgläubiger auf das ihm gegebene Unterpfand zustehenden Rechten, gehöret das Recht, das Unterpfand, wenn der Schuldner im Verzug zu bezahlen ist, verkaufen zu können. Dieses, dem Gläubiger zustehende Recht, kann weder durch die Protestation des Schuldners, wider den Verkauf, (a) noch durch ein Testament, (b) noch durch einen Vertrag, (c) noch durch die gegen den Verkauf eingelegte Appellation (d) demselben genommen werden.

§. 2.

(a) L. 2. C. debit. vend. pig. imp. non posse.
(b) L. 1. C. eod. tit.
(c) L. 4 ff. de pign. act.
(d) L. 7. §. fin. de appel. recip.

§. 2.

Es kommt aber bei einem, zwischen dem Gläubiger und Schuldner eingegangenen Vertrage, darauf an: ob in demselben, in Absicht des Verkaufs, etwas bestimmet worden ist oder nicht. In dem ersten Falle ist entweder dem Schuldner das Recht eingeräumet, das Unterpfand nach verflossener festgesetzter Zahlungsfrist verkaufen zu können, oder es ist der Vertrag gemacht, daß der Gläubiger das Unterpfand gar nicht verkaufen könne.

§. 3.

Nach diesen hier bemerkten Fällen sind nur die bei dem Verkauf zu beachtenden Förmlichkeiten zu bestimmen. — Hat der Gläubiger mit dem Schuldner wegen des Verkaufs nichts verabredet: so muß der Gläubiger, wenn der Schuldner im Verzug zu bezahlen ist, den vorzunehmenden Verkauf demselben nicht nur anzeigen, sondern auch nach dieser Anzeige noch zwei Jahre mit dem Verkauf warten. (e) Ein

(e) *L.* 4. *C. de distr. pig.* S. §. 6. *L.* 3. §. 1. *C. de jur. dom. impetr.* Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur foeneratori ex denunciatione, vel ex sententia judiciali, post biennium, ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum eam vendere.

Ein Vertrag, daß der Gläubiger das Pfand gar nicht verkaufen solle, gilt, wie wir schon gesagt haben, gar nicht. Der Gläubiger kann also, in dem Falle eines Verzugs, zu dem Verkauf schreiten, nur muß derselbe dem Schuldner vorher dreimal, und zwar nicht hinter einander, sondern in gehörigen Fristen, an die Bezahlung erinnern, (f) und dann noch zwei Jahre mit dem Verkauf warten. (g)

§. 4.

Wie aber, wenn in dem, zwischen dem Gläubiger und Schuldner eingegangenen Vertrage, dem erstern das Recht gegeben ist, nach verflossener festgesetzter Zahlungsfrist das Unterpfand verkaufen zu können, muß denn der Gläubiger diesen Verkauf vorher dem Schuldner anzeigen? Ehe wir diese Frage beantworten, wollen wir einen Fall einrücken, der zur nähern Erörterung jener Frage Veranlassung gab.

§. 5.

Es hatte jemand ein Kapital von 100 Rthlr. aufgenommen, und seinem Gläubiger dagegen ver-

(f) *L. 4. ff. de pign. act.* Ubi vero convenit, *ne distraheretur*, creditor si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum, ut solvat, et cessaverit.

(g) L. c. 3. §. 1. C. de jur. dom. impetr.

verschiedenes Silbergeräth und goldne Ringe zum Unterpfand gegeben. In der, über dieses Darlehn errichteten Schuldverschreibung, versprach der Schuldner, das Kapital innerhalb drei Jahren, von Zeit der ausgestellten Schuldverschreibung gerechnet, wieder zu bezahlen; gab dabei dem Gläubiger das Recht, daß, wenn er sein Versprechen nicht erfüllen würde, dieser befugt seyn solle, das Unterpfand nach verflossenen drei Jahren, an welchen er wolle, zu verkaufen. Als nun der Schuldner seinem Versprechen nicht nachkam, ließ der Gläubiger das ihm gegebene Unterpfand durch einen Sachverständigen schätzen, der den Werth desselben auf 108 Rthlr. bestimmte, und verkaufte es demnächst zu 109 Rthlr. 24 mgr.; und schickte den Ueberschuß, der nach Abzug der Kosten und Zinsen 3 Rthlr. 6 mgr. betrug, dem Schuldner, nebst der quittirten Schuldverschreibung, wieder zurück.

§. 6.

Dieser Verkauf wurde nun von dem Schuldner aus einem doppelten Grunde als ungültig angefochten, nemlich teils deswegen, weil dieser Verkauf ohne die ihm geschehene Anzeige, teils, weil er außergerichtlich vorgenommen war.

Diese Einreden des Schuldners schienen auch allerdings Grund zu haben, wie denn

auch

auch einige Rechtsgelehrte (h) behaupten, daß in jedem Falle dem Schuldner der Verkauf angezeigt werden müsse, denn so verordnet die *L. 4. C. de distr. pig.*

Creditor hypothecas sive pignus cum proscribit, notum debitori facere, et sibi bona fide rem gerere, et quando licet testato dicere debet.

§. 7.

Eben so soll nach der *L. 9. C. de distr. pign.* der Verkauf eines Unterpfandes solenniter geschehen, welches aber bei jenem Verkauf nicht beobachtet war.

Quae specialiter, so heißt es in jenem Gesetz, vobis obligata sunt, debitoribus detractantibus solutionem, bona fide debetis, et solenniter vendere.

§. 8.

So anscheinend diese Gründe sind, so wenig stehen sie uns doch, wie wir demnächst zeigen werden, entgegen. Daß es in dem, von uns angeführten Falle, keiner vorherigen Anzeige bedürfe, (i) ist schon daraus klar, weil hier

(h) *Leyser* spec. 232. m. 1. *Schaumburg* comp. digest. Tit. de distract. pig.

(i) *Stryk* U. M. Tit. de distr. pig. §. 6. et 7. *Cocceji* eod. tit. qu. 2. *Hofacker* princ. jur. civ.

hier der Schuldner offenbar im Verzug war, und es deshalb keiner besondern Anmahnung, wegen der Regel: dies interpellat pro homine, bedurfte. Ganz deutlich redet hierüber die *L. 12. C. de contrah. et commit. stipul.* so:

Cum ea quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat, poscere

So soll auch ferner nach der *L. 3. §. 1. C. de jur. dom. impetr.* auf den, zwischen dem Gläubiger und Schuldner, in Absicht des Verkaufs des Pfandes eingegangenen, Vertrag gesehen werden, und es dabei sein Bewenden haben.

Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignoraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum pignus debet distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est

§. 3.

Hiernach zerfallen schon die §. 6. und 7. uns anscheinend entgegenstehende Gründe von selbst. Zwar will die angeführte L. 4. C. *de distr.*

civ. §. 1192. Thibaut Syst. des Pandektenrechts, §. 867. Höpfner Comm. über die Heinec. Inst. §. 420.

distr. pig., daß der Verkauf des Unterpfandes dem Schuldner angezeigt werden solle. Allein die Verordnung jenes Gesetzes kann nur dann eintreten, wenn entweder wegen des Verkaufs des Unterpfandes nichts zwischen dem Gläubiger und Schuldner ausgemacht ist, oder wenn zwar dem Gläubiger das Recht zum Verkauf gegeben, in der Schuldverschreibung aber keine Zeit bestimmet worden, wann die Schuld bezahlet werden solle, und daß mit dem Verlauf dieser Zeit verfahren werden könne. Daß so, und nicht anders, jenes Gesetz verstanden werden müsse, lehrt die von uns angeführte L. 3. §. 1. C. *de jur. dom. imp.*, als nach welcher blos auf den, zwischen dem Gläubiger und Schuldner eingegangenen Vertrag gesehen werden solle.

Und ist es zwar nun gleich rathsam, daß ein Gläubiger das Unterpfand gerichtlich verkaufen lasse: so ist dies doch kein nothwendiges Erforderniß, und kann aus der Unterlassung desselben dem Gläubiger, der sonst ohne Arglist, und ehrlich zu Werke gegangen ist, kein Vorwurf gemacht werden. Daß aber hier der Gläubiger mit aller Vorsicht gehandelt hatte, erhellt schon daraus, daß er das Unterpfand höher, als solches geschätzt war, verkauft hat.

---

578. Meditation.

Die Einrede der Kompensation enthält kein stilleschweigendes Anerkenntniß der Schuld.

§. 1.

Es ist oft der Fall, daß der Beklagte unter mehrern Einreden, auch die Einrede der Kompensation der gegen ihn eingeklagten Forderung entgegensetzt, und dann entsteht die Frage: ob er dadurch die Schuld auf so hoch, als sich seine Gegenforderung beläuft, eingestanden habe?

§. 2.

Diese Frage muß billig verneinet werden. (a) Es ist eine allgemeine, in den Gesetzen gegründete Regel, daß der Beklagte deswegen, weil er der Klage einige Einreden entgegen gesetzt hat, nicht als ein solcher angesehen werden könne, der die Intention seines Gegners eingesteht. So heißt es hierüber in der L. 9 *ff. de except.*

> Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, quo cum agitur, quia exceptione utitur,

und

(a) *Cocceji*, J. C., Tit. de comp. qu. 18. *Reinharth* ad Christ. observ. Vol. 3. obs. 16.

und in dem *Cap. 63. de reg. jur.*

Exceptionem objiciens, non videtur de intentione adversarii confiteri.

§. 3.

Schon dieses würde zum Beweis unsrer Meinung hinreichend seyn. Aber noch mehr wird dieselbe durch die L. 9. C. *de except.* unterstützt. Dieses Gesetz erfordert ein deutliches Geständniß des Beklagten, und verpflichtet den Kläger, im Fall der Beklagte sich einiger Einreden wider die Klage bedient hat, den Grund seiner Klage zu beweisen.

Sed quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseveras, de hac tantum agi convenit. Nam si etiam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem suam secundum asseverationem suam petitor probaverit, huic esse locum monstrari convenit.

§. 4.

Ganz recht schreibt hierüber *Mevius* in der 159 Dec. des 4. Th. so:

At vero nec per se exceptio confessionem habet, neque etiam talis, quae eam non ex-

expresse obtinet, sed tantum per consequentiam illam inferre videtur, cum simpliciter opposita est, tam quia non apparet mens confiteri volentis, qua sine, confessio non est, tum quia dubia est et non praesumitur, tum quia ex oppositione ejus intenditur negatio intentionis actoris. Inde sic communis habet ICtorum sententia, ejusmodi exceptionem, quae tacitam saltem inferre videtur confessionem, ad relevationem a probandi onere minime proficere.

§. 5.

Aber, wendet man uns von der Gegenseite (b) ein, setzt nicht immer die Konpensation eine wechselseitige Forderung zum voraus, (c) und wenn das ist, gesteht denn nicht derjenige, der sich dieser Einrede bedient, daß er dem andern etwas schuldig sey?

So wahr dieses nun gleich ist, so wenig schadet es doch unserer Behauptung. Derjenige, der die Einrede der Kompensation der wider ihn angestellten Klage entgegensetzt, setzt zum voraus, daß der Kläger zuförderst den Grund

(b) *Christinaei* Decis. vol. 3. dec. 40. nr. 5. *Berger* resol. leg. obst. Tit. de comp. qu. 8.

(c) L. 1 *ff. de compens.* Compensatio, est debiti et crediti inter se contributio.

Grund seiner Klage beweise. Es bleibt also immer richtig, daß die Kompensation eine wechselseitige Forderung zum voraus setzt, aber derjenige, der kompensiren will, setzt hiebei auch eine erwiesene oder noch zu erweisende Forderung von Seiten seines Gegners voraus.

---

579. Meditation.

Ein Fall zur Erläuterung der L. 1. §. 1. C. de annali exceptione.

§. 1.

In der L. 1. §. 1. C. *de annal. excep.* heißt es:

Jubemus omnes personales actiones, quas verbosa quorundam interpretatio extendere extra metas triginta annorum conabatur, triginta annorum spatiis concludi: nisi legitimus modus, qui et veteribus et nostris legibus enumeratus est, interruptionem temporis introduxerit, sola hypothecaria actione 40 annorum utente curriculis. Nemo igitur audeat, neque actionis familiae erciscundae, neque communi dividundo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque cujuscunque alterius personalis actionis vitam longiorem esse 30 annis interpretari.

§. 2.

Diese Gesetz-Stelle setzte der Beklagte dem Kläger, der gegen ihn auf die Teilung einer in Gemeinschaft habenden Wiese klagte, entgegen. Der Fall war dieser: beide Teile besaßen eine Wiese, die schon vor unvordenkli-

chen Zeiten die Vorfahren des Klägers und Beklagten besessen hatten. Der Kläger drang jetzt auf die Teilung derselben, wozu sich aber der Beklagte aus folgenden Gründen nicht verstehen wollte. Er behauptete nemlich, daß

1) nach dem angeführten Gesetze, die Teilungs-Klage längstens verjähret sey, da, wie schon angeführet ist, die Wiese seit unvordenklicher Zeit in Gemeinschaft gewesen sey.
2) Sey die Lage der Wiese selbst so beschaffen, daß solche nicht ohne Nachteil des einen oder andern geteilet werden könne;
3) habe der Kläger auch keinen einzigen Grund, warum er auf die Teilung bestehe, angeführet.

§. 8.

Ehe wir die Unzulänglichkeit jener Gründe zeigen, ist es nöthig, einiges vorauszusetzen.

Eine bekannte Rechtswahrheit ist es, daß keiner wider Willen gezwungen werden könne, mit einem andern in Gemeinschaft zu bleiben.

In communione, vel societate,

dieß sind die Worte der L. 5. *C. commun. divid.*

nemo compellitur invitus detineri.

Ja die Gesetze sind so sehr gegen Gemeinschaften, daß sie einen Vertrag, in welchem ausgemacht ist, beständig in Gemeinschaft bleiben zu wollen, für ungültig erklären.

Die

Die L. 14. §. 2 ff. comm. divid. redet hierüber so:

Si convenit: ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est.

§. 4.

Kann nun keiner wider Willen gezwungen werden, mit einem andern in Gemeinschaft zu bleiben, und ist der deshalb eingegangene Vertrag nicht verbindend: so werden dadurch schon die, §. 2. angeführten Einreden gehoben. Aber wenn das auch nicht wäre, so wird eine kurze Prüfung derselben lehren, daß sie völlig unbedeutend sind.

§. 5.

Das §. 1. angeführte Gesetz sagt zwar, daß die auf die Teilung gehende Klage in 30 Jahren verjähret werde; allein diese Verjährung kann nicht eher zu laufen anfangen, als bis die Klage entsteht. Dieß giebt jenes Gesetz deutlich zu erkennen, wenn es darin heißt:

Sed ex quo ab initio competit, et semel nata est.

Diese Klage entstehet aber nicht, wie die L. 1. *pr. ff. fam. ercisc.* sagt, wenn man in eine Gemeinschaft tritt, sondern wenn man aus derselben heraustreten will. Sollte übrigens jemand eine vorhin gemeinschaftliche Sache, in gutem Glauben, als seine eigne

besitzen: so würde freilich, nach einem Ablauf von 30 Jahren, nicht mehr auf die Teilung derselben geklagt werden können. (a)

§. 6.

Die zweite Einrede, daß die Wiese, ohne Nachteil des einen oder andern, nicht geteilet werden könne, war ganz ungegründet, da das Gegenteil aus dem, zu den Akten gebrachten Riß hervorleuchtete. Aber gesetzt, jene Einrede wäre auch gegründet gewesen: so hätte doch dadurch die Teilung nicht gehindert werden können. Der §. 5. *I. de officio judicis* enthält die Vorschrift, wie in einem solchen Falle verfahren werden muß.

Quod si de una re, veluti de fundo: siquidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet. Et si unius pars praegravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. *Quod si commode dividi non possit: veluti, si homo forte, aut mulus erit, de quo actum sit: totus uni adjudicandus est, et is invicem alteri certa pecunia condemnandus est.*

§. 7.

(a) *Wernher* part. 2. obs. 423. part. 10. obs. 489. *Hofacker* princ. jur. civ. §. 3069.

§. 7.

Daß nun derjenige, der auf die Teilung klagt, auch einen Grund, warum er die Teilung verlange, angeben müsse, wird nirgends in den Gesetzen befohlen. Zur Widerlegung jenes Einwurfs brauchen wir nur das herzusetzen, was

Leyser spec. 119. med. 2 und 3. hierüber sagt:

Nemo invitus in communione vel societate detinetur L. 5. C. com. divid. Itaque uno etiam ad divisionem provocante, tametsi ceteri omnes dissentiant, communio dissolvitur. Nec necesse est ei, qui recedere vult, causam allegare, sed sufficit voluntas ejus. Quid vero si causam alleget, ea vero falsa deprehendatur? Num illum propterea invitum in communione retinebimus? Non putamus. Nam, quae extrinsecus et nihil ad praesentem actum pertinentia adjiciuntur, pro supervacuis habentur nec actum vitiant L. 65. pr. ff. de verb. oblig.

§. 8.

Aus diesen hier angeführten Gründen wurde daher in jener Sache erkannt:

daß Beklagter, Einwendens ungehindert, die mit dem Kläger in Gemeinschaft habende

Wiese

Wiese mit demselben zu teilen, auch demselben die hiedurch verursachten Kosten zu erstatten schuldig sey, und wird des Endes dem N. N. der Auftrag hiemit erteilet, diese Teilung mit Zuziehung beider Teile, in einem von demselben anzusetzenden Termin, auf gemeinschaftliche Kosten vorzunehmen.

---

580. Meditation.

Zu den Reparatur-Kosten eines unter mehrern Nachbaren gemeinschaftlichen Brunnens, muß auch derjenige Nachbar beitragen, der einen eignen Brunnen hat, und den gemeinschaftlichen Brunnen nicht gebraucht.

§. 1.

Unter vier Nachbaren, welche einen gemeinschaftlichen Brunnen besaßen, war einer, der einen eignen Brunnen in seinem Hofe hatte, und der sich schon seit mehrern Jahren des gemeinschaftlichen Brunnens nicht bedienet hatte. Der gemeinschaftliche Brunnen bedurfte einer nothwendigen Ausbesserung, indem das Mauerwerk in demselben zum Teil eingestürzet, auch die auf dem Brunnen stehende Pumpe so schadhaft war, daß eine neue gemacht werden mußte.

§. 2.

Der eine von den Nachbaren, der, wie gesagt, einen eignen Brunnen besaß, und auch seit mehrern Jahren sich des gemeinschaftlichen Brunnens nicht bedient hatte, weigerte sich aus diesem Grunde, zu den Kosten etwas beizutragen. Er fügte diesem noch hinzu, daß er zu

der

der Ausbesserung des Brunnens seine Einwilligung nicht gegeben habe, die doch, wenn man von ihm den vierten Teil der Reparatur-Kosten fordern wolle, nach der Regel:

> Quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari.
>
> *Cap. 29. de reg. jur. in 6.*

erforderlich gewesen sey. Er habe, wenn man ihn als Miteigenthümer des Brunnens ansehen wolle, ein unstreitiges Widerspruchs-Recht, und von diesem Rechte hab' er auch gleich Gebrauch gemacht, als ihm von seinen Nachbaren wäre gemeldet worden, daß eine Reparatur des Brunnens nöthig sey. Da nun die Regel sey:

> Quod in re communi potior sit causa prohibentis.
>
> *Cap. 56. de reg. jur. in 6.*

so hätte auf seinen Widerspruch allerdings geachtet werden müssen.

§. 3.

Aber diese Einwendungen sind nicht von der Art, den einen Nachbar von der Bezahlung des Beitrags befreien zu können. Die Verbindlichkeit, zu den Reparatur-Kosten beizutragen, beruhet nicht darin, ob einer den Brunnen gebraucht habe, sondern in dem Nachbarschafts-Rechte.

> Talium onerum, ad quae vicini pro communibus usibus astringuntur, ea est ratio, ut quisquis in vicinia habitat, licet vel usus

apud

apud eum cessat, sustinere cogatur, vel onus in rem, et vicinorum tam arcta est ad onus reficiendi putei obligatio, ut etsi vel usui renunciare velint, tamen non liberentur.

Mevius part. 4. dec. 129. nr. 1. 2.

Eben so schreibt auch

Klock de contrib. cap. 5. nr. 107.

Ita vicini pro communi puteo, clibano, fonte, rivo, aggerum constructione, septis aedificandis reficiendisve sibi invicem conferre possunt *L.* 1. §. 22. *in f. ff. nequid in loc. pub.* Adeo ut nec aliis invitis commoditati putei etc. renunciari possit; cum ad hujusmodi collectam, non tam usus putei, quam vicinitatis ratione quis teneatur. Ideo licet usus cessarit, tamen vicinitas non cessat, quae illum facit esse obligatum, ita ut talis praestatio sit onus in rem, et majoris partis assensus ipsum adstringat (a).

§. 4.

Die beiden §. 2. angeführten Rechtsregeln konnten auch hier keine Anwendung finden. Denn es ist Rechtens, daß bei einer gemeinschaftlichen Sache es auf die Einwilligung der meisten ankomme.

Quod

(a) *Gail* lib. 2. obs. 56. nr. 6. *Zahn* polit. municip. lib. 2. cap. 39. nr. 31.

Quod major pars curiae effecit, pro eo habetur ac si omnes egerunt.

L. 19. ff. ad municip.

Und konnte auch hier überhaupt auf den Widerspruch eines einzigen nicht geachtet werden, da die Nothwendigkeit der Ausbesserung des Brunnens offenbar war, auch nicht bestritten wurde.

---

581. Meditation.

Kann eine, von einem Christen geschwängerte unverehelichte Jüdin, auf Abfindung klagen?

§. 1.

In dem siebenten Bande unserer Meditationen Nr. 362. haben wir verschiedene Fälle angeführt, in welchen eine geschwächte Person, so wenig auf Ausstattung, als Heirath klagen kann. Zu diesen Fällen rechnen wir nun aber nicht den Fall, wenn eine unverheirathete Jüdin sich von einem Christen hat schwängern lassen, und glauben daher, daß diese allemal berechtiget sey, auf eine Abfindung zu klagen.

§. 2.

Dieser unserer Meinung wird aber, von *Joh Jac. Hoeft* in seiner zu Wittemberg 1746 gehaltenen Dissertation *de virgine stuprata a stupratore non dotanda Cap.* 3. §. 14. widersprochen, und zwar deswegen, weil nach der *L* 6. *C. de Judaeis*, eine solche fleischliche Vermischung dem Ehebruch gleich gehalten werde. Das Gesetz lautet so:

Ne quis christianam mulierem in matrimoniam Judaeus accipiat, neque Judaeae Christianus

stianus conjugium sortiatur, nam si quis aliquid hujusmodi admiserit: adulterii vicem commissi hujusmodi crimen obtinebit, libertatem in accusandum publicis quoque vocibus relaxata.

§. 3.

Daß dieses Gesetz unsern Fall nicht entscheide, brauchen wir um so weniger noch zu zeigen, da wir schon in der 236. Med. des vierten Bandes bewiesen haben, daß, wenn ein Jude den christlichen Glauben annimmt, er sich deshalb von seiner jüdischen Frau nicht scheiden lassen könne.

Wenn nun gleich die Ehe zwischen Christen und Juden verboten ist: so schadet das unsrer Behauptung nicht, weil auch in dem Falle, wenn eine Geschwächte, wegen naher Verwandschaft, ihren Entehrer nicht heirathen kann, dieser dadurch von der Verbindlichkeit zur Ausstattung nicht befreiet werden kann (a).

Zudem ist ja die Ausstattung, die der Geschwächten gebühret, kein wirklicher Brautschatz, sondern nur eine Ersetzung des ihr durch die Schwän-

(a) M. s. unsere Medit. Band 1. Med. 17.

Schwängerung zugefügten Schadens (b). Daß aber eine unverehelichte Jüdin Schaden, ja mehr als eine Christin leidet, wenn sie sich von einem Christen schwängern läßt, bedarf wohl keines Beweises.

(b) M. s. unsere Medit. Band 7. Med. 362.

---

582. Meditation.

Kinder, die aus dem Beischlaf einer verehelichten Mannsperson und einer ledigen Frauensperson erzeugt sind, können ihre Mütter, und die von derselben erzeugten ehelichen Kinder, nicht beerben.

§. 1.

In der *L. 6. §. 1. ff. ad leg. Jul. de adult. coerc.* und in der *L. 34. §. 1. ff. eod. tit.* heißt es, und zwar in dem erstern Gesetze:

Proprie adulterium in nupta committitur.

und in dem zweiten:

Adulterium in nupta admittitur, stuprum in vidua vel virgine, vel puero committitur.

Nach diesen Gesetzen scheinet es, daß ein Kind, welches aus dem Beischlaf einer verehelichten Mannsperson und einer ledigen Frauensperson erzeugt worden, ein Miterbe seiner Mutter sey (a).

§. 2.

Diese Gesetze waren es auch, die ein solches Kind zur Begründung seines Anspruchs auf die mütterliche Erbschaft für sich anführte.

Der

(a) *Faber* ad Cod. Lib. 6. Tit. 31. def. 8. *Matthaeus* de success. cap. 14. §. 14.

Der Fall war dieser: Eine unverehelichte Frauensperson war aus dem Beischlaf einer verehelichten Mannsperson schwanger geworden, und hatte daraus nachher einen Sohn erzeugt. Nicht lange darauf verheirathete sich dieselbe mit einem andern, und wurden aus dieser Ehe drei Kinder erzeugt. Der Mann starb, und nach dem Tode der Frau machte das außer der Ehe erzeugte Kind auf die Nachlassenschaft der Mutter Anspruch, und behauptete, daß ihm der vierte Teil derselben zustehe, wozu sich aber die drei ehelichen Kinder nicht verstehen wollten.

§. 3.

Jene Gesetze können aber nicht bei Entscheidung des erzählten Falls zum Grunde gelegt werden.

Denn in demselben wird nur von der eigentlichen Bedeutung des Ehebruchs, oder von dem Ehebruche im strengsten Verstande, geredet. Nach diesem kann aber nur das ein Ehebruch genannt werden, wenn eine verehelichte Mannsperson mit einer verheiratheten Frauensperson, oder eine ledige Mannsperson mit einer verheiratheten Frauensperson sich fleischlich vermischt hat.

§. 4.

Der Begriff, den wir heut zu Tage mit dem Ehebruche verbinden, erstrecket sich aber

viel

viel weiter. Denn nach demselben wird auch die fleischliche Vermischung einer ledigen Mannsperson mit einer verheiratheten Frauensperson zum Ehebruch gerechnet.

Ueberhaupt aber setzt Justinian, in der Lehre von der Erbfolge, die natürlichen Kinder denjenigen, die, wie er sich ausdrückt, ex complexu nefario erzeugt sind, entgegen, und spricht denselben alles Erbrecht ab.

Ex complexu nefario, so heißt es in der

Auth. Ex complexu nefario C. de incest. et inutil. nupt.

aut incesto, seu damnato, liberi, nec naturales sunt nominandi, omnis paternae substantiae indigni beneficio, ut nec alantur a patre,

und in der

Nov. 89. cap. 15.

Ultima siquidem nos pars legis expectat, ut ipsa competentem suscipiat ordinem, et enumeremus, qui neque ipso naturalium nomine digni sunt. Primum quidem, omnis, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium.

Nach diesem also mußte das, aus einem Ehebruch erzeugte Kind, mit seinen Ansprüchen auf den

den Nachlaß seiner Mutter abgewiesen werden (b).

§. 5.

Ob nun auch ein solches Kind auf den Nachlaß des von seiner Mutter erzeugten ehelichen Kindes Anspruch machen könne? war eine andre Frage, die bald nachher zur Untersuchung kam. Denn als eines von den ehelichen Kindern einige Zeit verstarb, machte jenes, außer der Ehe erzeugte Kind, auf den Nachlaß des verstorbenen ehelichen Kindes Anspruch.

§. 6.

Die Entscheidung dieses Falls schien daher zweifelhaft zu seyn, weil es in der

L. 2. ff. unde cogn.

so heißt:

Vulgo quaesiti liberi matris, et mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se, ex parte bonorum possessionem petere possunt, quia sunt invicem sibi cognati;

und in der

L. 4 *ff. eod. tit.*

Si spurius intestato decesserit: proximitatis nomine mater ejus, aut frater eadem matre natus bonorum possessionem ejus, ex edicto petere potest.

§. 7.

(b) *Stryk* de success. ab intest. diss. 1. cap. 2. §. 57. *Hannesen* de computatione graduum §. 103. *Wernher* part. 6. obs. 317.

§. 7.

Beide Gesetze leiden hier aber deshalb keine Anwendung, weil solche blos von Huren-Kindern reden. Ob nun zwar unter Huren-Kinder, (spurii vulgo concepti) nach der allgemeinen Bedeutung jede uneheliche Kinder verstanden werden: so sind doch in eigentlichem Verstande die aus einem Ehebruche erzeugte Kinder nicht darunter begriffen.

Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet, qui et spurii appellantur.

L. 23. *ff. de statu homin.*

Wenn nun, wie gezeigt ist, die aus einem Ehebruche erzeugten Kinder auf den Nachlaß ihrer Eltern keinen Anspruch machen können: so ist ihr Anspruch auf den Nachlaß des von ihrer Mutter erzeugten ehelichen Kindes um so weniger gegründet (c). Da hier der Grund des Erbrechts, nemlich die Verwandschaft fehlet, und Justinian nach der in §. 4. angeführten Auth. *Ex complexu nefario* C. de incest. nupt. und der *Nov.* 89. *cap* 15. solche Kinder nicht als natürliche Kinder ansieht, und gänzlich von der Nachlassenschaft ihrer Eltern ausschließt.

(c) *Stryk* de success. ab intest. diss. 3. cap. 1. §. 39. *Hannesen* l. c. §. 129.

583. Meditation.

Bei einer wiederkäuflich verkauften gemeinschaftlichen Sache, kann einer von den Verkäufern das Wiederkaufs-Recht ausüben.

§. 1.

Zwei Brüder besaßen eine, ihnen zugehörige gemeinschaftliche Wiese, welche sie auf 10 Jahr wiederkäuflich für 340 Rthlr. verkauft hatten. Kurz vor dem Ablauf dieser Jahre forderte einer von den Brüdern die Wiese von dem Käufer derselben, gegen Erlegung der 340 Rthl. zurück, wozu sich aber derselbe nicht verstehen wollte. Er, der Käufer, glaubte nemlich, daß die Wiese nicht anders, als von den beiden Brüdern zusammen eingelöset werden könne, indem einer den andern in seinem Rechte, ohne besondere Einwilligung, nicht vorgreifen könne; es müsse also beigebracht werden, daß der eine Bruder mit der Wiedereinlösung der Wiese zufrieden sey.

§. 2.

Dieser Einwurf ist aber an sich ganz unerheblich. Denn der eine von den Brüdern, der hier die Wiese wiedereinlösen wollte, griff dadurch seinem Bruder in seinem Rechte nicht vor,

da nach geschehener Wiedereinlösung und Bezahlung der Hälfte des Kaufpreises, die Wiese unter beiden wieder gemeinschaftlich wurde. Ueberdem hat der Wiederverkäufer hiebei auch nicht den geringsten Schaden, er erlangt ja seine ausgelegte Kaufsumme wieder, und ist sicher genug, wenn nur der Wiederkäufer dahin Sicherheit leistet, daß er dem andern, sobald derselbe die Hälfte der Kaufgelder ihm wieder bezahlt, die Wiese, so wie vorher, gemeinschaftlich benutzen lassen wolle.

§. 3.

Aber die Gesetze haben eben so, in einem ähnlichen Falle, geurteilet. Sie, die Gesetze, sagen, daß wenn eine, mehrern zugehörige Sache, welche nicht geteilet werden könne, einem in Verwahrung gegeben sey, er solche an einem Teilhaber derselben herausgeben müsse.

Sed si res sunt, quae dividi non possunt, omnes debebit tradere, satisdatione idonea a petitore ei praestanda in hoc, quod supra partem ejus est.

L. 1. §. 36. in f. ff. depos.

Doch wir brauchen nicht einmal uns auf ähnliche Fälle zu berufen, und nur blos die

L. 78. §. 2. ff. de contrah. emt. vend.

reden lassen. Es heißt darin:

Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit: si unus omnem pecu-

pecuniam solverit, partem familiae herciscundae judicio servabit. Nec, si partem solvat, ex emto cum venditore aget, quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit (a).

(a) *Carpzov* part. 2. const. 1. def. 4. *Struv* ex. 23. §. 44. *Stryk* U. M. lib. 18. tit. 1. §. 51. *Berger* Suppl. ad Elect. disc. for. part. 2. Tit. 40. §. 3.

---

584. Meditation.

Ein in die Rechtskraft getretenes Urteil, kann wegen neu aufgefundener Dokumente nicht immer wieder aufgehoben werden.

§. 1.

In den Gesetzen ist es deutlich entschieden, daß neu aufgefundene Dokumente keinen Grund zur Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils abgeben können.

> Sub specie novorum instrumentorum, postea repertorum, res judicatas restaurari, exemplo grave est.

Das ist die in der L. 4. C. *de re judic.* und dem Kap. 20. X. *de sent. et re jud.* enthaltene Regel. Diese Regel begreift nun aber auch die Fälle unter sich: — wenn entweder einer aus Unwissenheit, und in der Meinung, daß er die in Händen habende Dokumente nicht beizubringen nöthig habe, an sich behalten, oder wenn er erst nach entschiedener Sache die Dokumente, die ihm vorher ganz unbekannt waren, aufgefunden hat.

§. 2.

Wegen des ersten Falls brauchen wir nichts weiter zu sagen, da ein solcher es seiner eignen

Schuld beimessen muß, wenn er von den in Händen gehabten Dokumenten keinen Gebrauch gemacht hat. Aber auch neu aufgefundene, das sind solche Dokumente, von welchen vorher einer keine Wissenschaft gehabt hat, sind nicht hinreichend, ein rechtskräftiges Urteil wieder aufzuheben. Dies zeigen die Worte des oben angeführten Gesetzes:

Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum

deutlich an, da hierin von solchen Dokumenten geredet wird, die einem vorher unbekannt waren, und nachher erst aufgefunden sind.

§. 3.

Diesen hier angeführten Grundsätzen gemäß, wurde denn auch in einem gewissen Rechtsstreite der Beklagte, da solcher zur Bezahlung der eingeklagten Forderung rechtskräftig war verurteilet worden, und gegen dieses Urteil, wegen neu aufgefundener Briefe, Restitution nachsuchte, abgewiesen (a). Nicht nur jenes §. 1. angeführte Gesetz stand dem Restitutions-Gesuch entgegen, sondern noch andere Gesetze befehlen ausdrücklich, daß nach einer rechtskräftig entschiedenen Sache, keine weitere

(a) *Wernher* part. 3. obs. 211. *Puffendorf* Tom. 1. obs. 57. Tom. 2. obs. 47. *Hommel* Rhaps. obs. 15. *Leyser* sp. 470. m. 3. et 4. *Müller* observ. pract. ad Leyserum Tom. 5. fasc. 1. obs. 765.

weitere Untersuchung statt finden solle. Es heißt darüber in der L. 56. *ff. de re jud.*: Post rem judicatam vel juramento decisam, vel confessionem in jure factam nihil quaeritur post orationem Divi Marci, quia in jure confessi, pro judicatis habentur.

§. 4.

Aber so gegründet und wahr die Regel ist: daß ein in die Rechtskraft gegangnes Urteil, wegen neu aufgefundener Dokumente, nicht aufgehoben werden könne: so hat doch diese Regel, so wie mehrere andere, einige Ausnahmen, die wir hier kürzlich anzeigen wollen. Ein rechtskräftiges Urteil kann wegen neu aufgefundener Dokumente wieder aufgehoben werden:

1) Wenn die Restitution von einem Minderjährigen nachgesucht wird (b).

2) Wenn der Gegner selbst, oder auch ein Dritter, die Dokumente boshafter und gefährlicher Weise verheimlichet hat, und aus diesen verheimlichten Dokumenten sich die wahre Beschaffenheit der Sache ergiebt (c).

3) Wenn auch, ohne Gefährde des Gegners, es ganz unmöglich gewesen wäre, vor dem rechts-

(b) L. 5. C. si adv. rem. jud. L. 2. C. si saep. in integr. rest. post.

(c) L. 19. C. de transact. *Mevius* part. 3. dec. 103.

rechtskräftigen Erkenntniß, von den Urkunden Nachricht zu erhalten (d).

4) Wenn das Urteil nach beigebrachten falschen Dokumenten gesprochen ist, und sich die wahren und ächten Dokumente nachher finden (e).

5) Wenn die öffentliche Wohlfahrt darunter leidet (f).

(d) Glück Erläuter. der Pandekten. Th. 5. Buch 4. Tit. 1. §. 432. S. 399. *Canngiesser* Decis. Hass. Cass. Tom. 1. dec. 94. nr. 12. et Tom. 2. dec. 274. *Lauterbach* Colleg. th. pr. Lib. 42. Tit. 1. §. 26.

(e) L. c. 19. 6. de transact. et tot. Tit. C. si ex falf. instrum. vel testim. judic. sit. *Mevius* l. c.

(f) L. 35. ff. de re jud. L. 6. C. si contr. jus vel utilit. publ. *Berger* oecon. jur. lib. 2. Tit. 22. th. 5. not. 4.

585. Meditation.

Der Beweis zum ewigen Gedächtniß, kann auch durch Urkunden geführet werden.

§. 1.

Der Beweis zum ewigen Gedächtniß findet alsdenn statt, wenn Gefahr vorhanden ist, den Beweis zu verlieren, ehe der Rechtsstreit seinen Anfang genommen, oder ehe der Krieg Rechtens befestiget worden ist. In dem römischen Rechte ist diese Art des Beweises nicht gegründet, sondern erst durch das geistliche Recht eingeführet.

In dem *Cap. 5. X. ut lite non contest. etc.* heißt es:

Quoniam frequenter in dubium revocatur a multis, an lite non contestata testes recipi valeant, auctoritate praesentium duximus declarandum, regulariter verum esse, quod lite non contestata, non est ad receptionem testium procedendum. Nisi forte de morte testium timeatur, vel absentia diuturna, in quibus casibus cum civiliter est agendum, (ne veritas occultetur, et probationis copia fortuitis casibus subtrahatur) senes et valetudinarii, et alii testes (de quibus ex aliqua rationabili causa timetur) etiam lite non con-

contestata sunt procul dubio admittendi, seu pars conventa sit contumax, seu sit absens absque malitia, ut conveniri non possit.

Demnächst ist auch diese Art des Beweises durch den Reichs-Abschied von 1600, §. 125. bestätiget.

Es sollen auch Commissiones ad perpetuam rei memoriam, lite instituta et pendente non obstante, daß man hernach ordinaria via, zur Beweisung gelangen möge, zugelassen, und dem arbitrio judicis, was hierinnen nach befundener Gestalt und Gelegenheit der Sache zu erkennen, heimgestellet seyn.

§. 2.

Verschiedene Rechtsgelehrte (a) schränken den Beweis zum ewigen Gedächtniß blos auf Zeugen ein, und glauben, daß solcher durch Urkunden nicht geführet werden könne.

Es ist wahr, das oben angeführte Kapitel 5. X. ut lite non contest., so wie auch das Kap. 41. X. de testib. und 4. X. de confirm. util. vel inutil. reden blos von Zeugen. Allein daraus läßt sich doch wohl nicht, wie die in der (Note a) angeführten Rechtsgelehrten thun, behaup-

(a) *Gail* lib. 1. obs. 94. *Carpzov* process. jur. Tit. 13. art. 7. nr. 51. *Berlich* part. 1. cond. 46. nr. 70. *Facilides* de documentis in perpetuam rei memoriam non producendis.

behaupten, daß dadurch die Urkunden von dieser Art des Beweises wären ausgeschlossen worden.

Denn es ist nicht zu leugnen, daß der Beweis, den man durch Urkunden führen will, eben so leicht, wie der Beweis durch Zeugen, verloren gehen kann, und so ist, da hier ein und eben der Grund eintritt, nicht abzusehen, warum man den Beweis zum ewigen Gedächtniß blos auf den Zeugen-Beweis einschränken sollte, das würde schon einer der ersten Rechts-Regeln: ubi eadem ratio est, ibi etiam debet esse eadem juris dispositio, gerade widersprechen.

Hiernach wurde denn auch in einer gewissen Sache der Beweis zum ewigen Gedächtniß durch Urkunden zugelassen (b).

(b) *Böhmer* J. E. P. Tom. 1. lib. 2. Tit. 6. §. 9. Knorr Anleit. zum Proz. Buch 1. Hpst. 15. §. 10. Fredersdorf in Just. Beamt. B. 2. Th. 2. Absch. 2. Kap. 6. §. 18. Oelzen Anleit. zur gerichtl. Praxis. §. 177. Danz Grunds. des gem. bürgerl. Prozeß. Th. 2. Hpst. 1. §. 452.

586. Meditation.

Ist derjenige, der von einem angefangenen Prozesse Abstand nimmt, ohne Unterschied zum Kosten- und Schadens-Ersatz verpflichtet?

§. 1.

Ehe wir diese Frage beantworten, müssen wir den Fall voraussetzen, der zur Entscheidung jener Frage Anlaß gab.

Der Kaufmann M. hatte von der Witwe N. ein Haus gekauft, an welchem der Mezger N. das Näherrecht verlangte, und zwar aus dem Grunde, weil er mit den von der Verkäuferin in erster Ehe erzeugten Kindern, im vierten Grade der Blutsverwandschaft stand, und nach seiner Behauptung das verkaufte Haus, nicht der Verkäuferin, sondern ihren abgeteilten Kindern erster Ehe, gehörte.

Hierüber kam es zwischen dem Kaufmann M. und dem Mezger N. zu einem Rechtsstreite, dem auch die Kinder der Verkäuferin interveniendo beitraten, und ihr Recht auf das Haus behaupteten. Zweifelhaft war die Entscheidung dieser Sache, so daß, wenn solche rechtlich wäre entschieden worden, auf alle Fälle die Kosten hätten verglichen werden müssen.

§. 2.

Ehe nun die Entscheidung erfolgte, zeigte der Kläger, Mezger N., an, daß er, weil seine Näherrechts-Ansprüche, wegen der denselben entgegengesetzten Einwendungen, wenn dieselben gleich unerheblich wären, doch noch mit vielen Weitläuftigkeiten verbunden seyn, die sich ihm jetzt dargebotene Gelegenheit, zum Ankauf eines andern Hauses, benutzt habe, und so von dem Prozesse Abstand nehmen wolle. Er sey hiezu um so mehr genöthiget, da ihm seine bisherige Wohnung zu seiner Handthierung zu klein sey, und jener Näherrechts-Prozeß noch einige Jahre dauern könne, wodurch er in seiner Profession sehr würde zurückgesetzt werden.

§. 3.

Der Beklagte, Kaufmann M., dem jene Anzeige des Klägers zur Nachricht mitgeteilet wurde, war zwar mit dem genommenen Abstand von dem Prozesse, friedlich, verlangte aber, daß der Kläger ihm nicht nur die Kosten, sondern auch den Schaden, den er durch den Prozeß gehabt, ersetze, und stellte deshalb gegen den Mezger N. Klage an. Die deshalb eingereichte Kosten-Rechnung betrug 18 Rthlr. 26 gr., und der durch den Prozeß erlittene Schade, welchen er durch das juramentum in

litem

litem zu bestärken sich erbot, wurde auf 600 Rthlr. angeschlagen.

§. 4.

Um diesen angeblichen Schaden desto besser beurteilen zu können, wollen wir die deshalb eingereichte Specifikation desselben hier einrücken.

Durch die angestellte Näherrechts-Klage sey ihm, wie Kläger vorgab, folgender Schade erwachsen:

1) Die verursachten Kosten bei der Erörterung über den Besitz des Hauses.
2) Die vielen dadurch verursachten, zeitverderbenden und kostspieligen Wege.
3) Ueberhaupt der, durch die fast tägliche Versäumniß an den Geschäften, welche der Prozeß zur Folge gehabt, entstandene Nachteil.
4) Daß er, während des Prozesses, in dem Hause, nach seiner Konvenienz, keine neue Einrichtungen habe machen können, wodurch er in seiner Handlung Schaden gelitten.
5) Habe er immer, so lange der Prozeß gedauert, in Ungewißheit gelebt, ob solcher günstig oder ungünstig für ihn ausfallen werde, weshalb er denn keine Handlung von einigem Belang habe unternehmen können.

§. 5.

Dieser, über Kosten- und Schadensersatz zwischen dem Kaufmann M. als Kläger, und

dem

dem Mezger R. als Beklagten, entstandene Rechtsstreit, wurde dahin entschieden:

daß Klägers Suchen nicht statt finde, sondern Beklagter von der wider ihn angestellten Klage, unter Vergleichung der Kosten dieses Prozesses, zu entbinden und loszusprechen sey.

§. 6.

Die Gründe dieses Erkenntnisses waren folgende:

Zufolge der, von dem Kläger M. eingereichten Klage, fordert derselbe von dem Beklagten

1) die Erstattung der Prozeß-Kosten, die ihm durch die angestellte Näherrechts-Klage verursacht worden, und
2) die Ersetzung des dadurch erlittenen, zu 600 Rthlr. angegebenen, Schadens.

Daß nun Kläger berechtiget sey, sowohl die Erstattung der Kosten, als Ersetzung des Schadens von dem Beklagten zu fordern, daran scheinet um so weniger Zweifel zu seyn, da auf 1) der Regel nach derjenige, welcher von einem angefangenen Prozeß Abstand nimmt, als ein muthwilliger Streiter anzusehen ist, welchem die Rechte die Erstattung der Kosten auferlegen.

Danz Grundſ. des gemeinen bürgerl. Prozesses, §. 486.
L. 79. ff. de jud.

In

In welchem Gesetz es so heißt:

Eum, qui temere adversarium suum in judicium vocasse, constitit, viatica, litisque sumtus, adversario suo reddere oportebit.

Allein der Schluß, daß derjenige, welcher einen angefangenen Prozeß liegen läßt, oder darauf Verzicht leistet, ohne Unterschied ein frivoler oder muthwilliger Streiter sey, ist nicht nur an sich falsch, sondern stimmet auch nicht mit den Gesetzen überein.

Ob nun im vorliegenden Falle der Beklagte als ein muthwilliger Streiter angesehen werden könne, wird sich aus der Beantwortung der beiden Fragen:

wer ist ein temerarius litigator, und passet der Begriff davon auf den Beklagten?

ergeben.

In der Abhandlung

Emmrichs über Prozeß-Kosten, deren Erstattung und Kompensation,

wird ein temerarius litigator derjenige genannt, der entweder gegen seine Ueberzeugung, (aus bösem Vorsatz) oder ohne Ueberzeugung, (aus grober Nachlässigkeit) jemanden in Streitigkeiten verwickelt.

Nach diesem Begriff kann also derjenige, welcher von einem angefangenen Prozeß Abstand nimmt, nicht so schlechtweg als ein muthwilliger Streiter angesehen werden, sondern es muß dabei der zum Grunde liegende

Bewegungsgrund in Erwägung gezogen werden.

Si enim desistens a lite, vel errorem suum comperit, vel etsi non manifeste injusta fuit actio, nihilominus postea deserit, vel quia exceptio rei antea ignota, postquam didicita est, commovet, vel quia taedium litis subit, quisque mavult desistere quam difficili lite molestari, vel quia causa desistendi supervenit, non est puniendus expensarum condemnatione, qui desistit.

Mevius part. 8. dec. 67.

Quistorp rechtl. Bedenk. Nr. 49.

Fredersdorf Justiz-Beamter, Band I. Th. 2. Kap. 74. §. 16.

Dies alles wollen auch die klaren Vorschriften der Rechte; denn so heißt es in der

L. 5. §. 1. C. de fruct. et lit. exp.

Si quis vero conventus bona fide solverit, aut actor lite destiterit, aut etiam judex inveniat eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem, hic evitabit expensarum condemnationem.

Eben so redet die oben angeführte

L. 79. ff. de jud.

von einem solchen, qui *temere adversarium suum in judicium vocaverit*, und verurteilet diesen mit Recht zur Erstattung der Kosten; steht aber keineswegs dem, was hierüber gesagt ist, im Wege.

§. 7.

§. 7.

Die zweite Frage: ob hiernach der Beklagte unter die Zahl der muthwilligen Streiter gerechnet werden könne? muß nach dem, was wir oben angeführet haben, verneinet werden. Die Entscheidung jenes Näherrechts-Prozesses war, wie wir schon gesagt haben, vielen Zweifeln unterworfen. Ohne Grund hatte der jetzige Beklagte die Näherrechts-Klage nicht angestellt. War seine Behauptung: daß das verkaufte Wohnhaus den Kindern der Verkäuferin erster Ehe zugehörte, so wie solches denn auch von diesen in ihrer Interventions-Schrift behauptet wurde, wahr: so konnte ihm auf keine Art das Näherrecht abgesprochen werden. Wenn nun das angeführte Gesetz

L. 5. §. 1. C. de fruct. et lit. exp.

will, daß bei einer zweifelhaften Sache die Kosten verglichen werden sollen: so müssen auch hiernach die, von dem Kläger geforderten Kosten, wegfallen.

Seyfarth de compensatione expensarum Cap. 2. §. 10.

§. 8.

So wenig nun Kläger die Erstattung der Prozeßkosten von dem Beklagten fordern kann, so wenig und noch weniger ist derselbe

auf 2. zum Ersatz des, von dem Kläger auf 600 Rthlr. angeschlagenen Schadens, verpflichtet.

Dieser Schade soll, wie schon oben bemerkt ist, dem Kläger durch den, von dem Beklagten wider ihn geführten Näherrechts-Prozeß, verursacht seyn. Das §. 4. angeführte Verzeichniß zeigt, in welchen Stücken Kläger Schaden gelitten haben will, und glaubt er, daß er zur eidlichen Bestärkung dieses Schadens zugelassen werden müsse.

§. 9.

Zu untersuchen, ob das juramentum in litem hier statt finde, würde um so überflüssiger seyn, da bei näherer Betrachtung Kläger überhaupt keinen Schadensersatz fordern kann. Genug wird es seyn, um die Unstatthaftigkeit jenes Eides zu zeigen, das herzusetzen, was

Mevius part. 5. dec. 47.

darüber sagt.

Nudi illati damni designationi non habenda est fides. A judice examinari debet, an quae designata, sunt verisimilia. Si colligere poterit, vero non esse plane congrua, haud admittere debet ad jusjurandum illum, qui sua solum assertione nititur.

§. 10.

Was nun die Schäden selbst betrifft, die jemanden durch einen Prozeß zugefügt werden, so können diese nur, wie

Mevius part. 3. dec. 128.

bemerkt, ob contumaciam, evidentem calumniam,

niam, dolumque condemnati, dem Obsiegenden zuerkannt werden.

Daß nun aber keines von diesen der jetzige Beklagte in dem Näherrechts-Prozesse sich habe zu Schulden kommen lassen, ist aus dem, was oben gesagt ist, klar. Ganz passend auf diesen Fall ist daher auch nachstehende Stelle aus

Quistorps rechtl. Bemerk. Th. 1. Nr. 4.

der hievon so schreibt:

Ganz anders verhält es sich jedoch mit solchen Schäden, die in dem geführten Prozesse allein ihren Grund haben, und daraus lediglich erwachsen sind. Die Verurteilung zur Ersetzung solcher Schäden ist nun zwar eben so, wie die Verurteilung in die Kosten wegen eines muthwillig oder böslicher Weise angefangenen oder fortgesetzten Prozesses anzusehen, und sowohl die Verurteilung zur Ersetzung solcher Schäden, die aus einem Prozesse erwachsen sind, (damna litis,) als der eigentlichen Prozeß-Kosten (expensae litis) kann nur sodann statt finden, wenn der Prozeß ohne alle scheinbare Gründe angefangen und fortgesetzt seyn sollte. Allein die Verurteilung, vornemlich zum Ersatz der Schäden, die dem obsiegenden Teile erwachsen sind, setzt doch allemal eine auffallende Kalumnie und Schikane desjenigen, der darin zu verurteilen, zum voraus. Die Gründe, die gewöhn-

wöhnlichermaßen schon zum Kosten-Ersatz genügen, daß nemlich auf Seiten des unterliegenden Teils kein scheinbarer Grund zur Klage oder zum Widerspruch gewesen, reichen daher nicht hin, wenn außer den Kosten, auch von Ersetzung der Schäden, die aus einem Prozesse erwachsen sind, die Rede seyn sollte. Denn dazu pflegen die Rechtslehrer contumaciam, evidentem calumniam, dolumque, oder grobe Schikane, recht geflissentlich gesuchten Aufenthalt, oder anderweitige Vexationen zu erfordern, und nur bei deren Daseyn auf die Ersetzung der Schäden, die aus einem Prozesse erwachsen sind, zu erkennen.

Leget man dieses hier zum Grunde, so kann es auch wohl keinem Zweifel unterworfen seyn, daß, wenn auch das Schaden-Verzeichniß des Klägers besser gegründet wäre, als es ist, da solches doch offenbar ins Ungereimte fällt, er doch deshalb keinen Anspruch an dem Beklagten machen könne.

---

587. Meditation.

Ein Rechtsfall über verlangte Vergütung der Einquartierungslasten.

§. 1.

In wie weit Vergütung wegen Einquartierungslasten gefordert werden könne? ist an sich eine wichtige und streitige Rechtsfrage. Als Beitrag zu dieser Materie, liefern wir zwei über jene Frage, von zwei berühmten Juristen-Fakultäten abgefaßte Urteile, die um so mehr interessant seyn werden, da beide in ihren Meinungen von einander abweichen.

§. 2.

Geschichts-Erzählung.

Nachdem in dem Jahre 1796, zur Sicherheit des nördlichen Deutschlandes, eine Demarkationsarmee organisiret worden war, trug der regierende Herzog von B. als Chef des zu diesem Zwecke in M. versammelten Preußischen Corps d'armée, bei Sr. Durchlaucht dem Fürsten von L. D. unterm 29. Sptbr. 1796 darauf an, von gedachtem Corps d'armée drei Bataillons des Infanterie-Regiments Prinz Louis, in die Oerter L. und U. zu verlegen, und wenn es die Umstände fordern sollten, auch

noch

noch etwas Infanterie vielleicht nach U. zu legen, wogegen dann dem Regiment Prinz Louis noch einige Bauerschaften angewiesen werden sollten.

Die Fürstlich L. Regierung machte unterm 1. Octbr. 1796 dem Magistrat zu L. bekannt, wie von Serenissimo der Antrag des Herzogs von B. genehmiget worden, und von gedachten drei Bataillons des Regiments Prinz Louis, nächstens ohngefähr 800 Mann in die Stadt L. eintreffen würden. Diese Einquartierung dauerte 15 Monate fort, während welcher Zeit die Stadt L. über 1000 Mann, mit einigen 30 Officieren und dem Generalstabe, die kleine Stadt U. über 300 Köpfe mit 10 Officieren, Bedienten und Pferden, und ein Monat lang, während der Exercierzeit, über 400 Köpfe mit 13 Officieren, deren Bedienten und Pferden, ohne die Soldaten-Weiber, zur Einquartierung hatten, dagegen die Aemter D. B. St. V. und S. mit ungefähr 500 bis 600 Mann nebst einigen Officieren belegt waren.

Unterm 5. Dec. 1795 wurde den Magiströten in L. D. die Repartition der weitern Krieges-Kosten mitgeteilet, um den Beitrag darnach von der Bürgerschaft zu erheben, und an den Landreceptor zur Kriegeskasse einzusenden, wornach auf die Stadt L. 2638 Rthlr. 28 gr. 4 Pf., auf die Stadt U. aber 1329 Rthlr. 20 gr. 5 Pf. fielen. Die beiden Städte erkannten zwar ihre Verbindlichkeit, diese

diese Beiträge zu entrichten; allein sie stellten dagegen vor, wie ihnen nach der Analogie des Rhodischen Gesetzes vom Seewurf, eine Vergütung aus der Kriegeskasse zukomme, weshalb sie bäten, zur Festsetzung derjenigen Grundsätze, nach welchen diese Vergütung geschehen müsse, aufs baldigste eine Landtägige Versammlung zu veranlassen, und ihnen bis dahin zur Bezahlung ihrer Quoten, Frist zu verstatten. Dieses Gesuch wurde, vermöge Landesherrlichen Rescripts vom 25. Jun. 1798, den Landständen zur Erstattung eines Gutachtens mitgeteilet, jedoch mit Bemerkung einiger, den implorantischen Städten entgegenstehenden Gründe. Diesen Gründen stimmten auch die Landstände in ihrem Gutachten bei, und es erfolgte unterm 7. Aug. 1798 eine Landesherrliche abschlägige Resolution.

Die beiden Städte kamen mit einer Gegenvorstellung ein, und suchten darin die wider sie angeführten Gründe zu entkräften, worüber es zwischen ihnen und den übrigen Landständen zu weitern schriftlichen Verhandlungen kam, auf welche vermittelst Resolution vom 28. Sptbr. 1800 den beiden Städten die Bezahlung der Quoten zur Kriegeskasse, mit Vorbehalt der Verzugs-Zinsen, binnen 14 Tagen bei Vermeidung der Execution auferlegt, übrigens aber die Erörterung ihres Anspruchs auf Einquartierungs-Vergütung, zur Untersuchung durch eine anzuordnende Kommission ausgesetzt wurde.

wurde. Es wurde zu dem Ende für die beiden angeordneten Commissarien den R. R. H. und R. K. ein Kommissorium dahin erlassen, daß zuförderst, mit Zuziehung der erwählten ständischen Deputirten, zu untersuchen sey: ob die, zu einer etwaigen, sich auf die bequartiert gewesenen und noch bequartierten Dorfschaften erstreckende Einquartierungs-Vergütung nöthige Liquidation thunlich sey? auf solchen Fall die billige Vergütung salva ratificatione zu reguliren, sonst aber die Sache zur rechtlichen Entscheidung durch eine auswärtige Juristen-Fakultät zu instruiren, und, wie eins oder das andre geschehen sey, zu berichten.

Auf den Bericht der Kommission vom 15. Nov. 1801: daß zwar die gütliche Beilegung versucht, aber nicht zu Stande gekommen sey; wurde unterm 24. Nov. 1801 von Fürstlicher Regierung resolviret, daß den Magisträten der beiden Städte L. und U. aufzulegen, ihre Klage in förmlichem, von den Kommissarien zu instruirenden Wege Rechtens gegen die Kriegeskasse und gegen den derselben zum Beistand zugeordnet werdenden advocatum fisci binnen 6 Wochen Präjudicial-Frist, einzureichen. Diese Aufgabe wurde von beiden Städten befolgt, und nachdem bis zur Quadruplik verfahren worden, wurden die Akten an die Juristen-Fakultät in Göttingen eingesandt.

§. 3.

§. 3.

Es würde überflüssig seyn, hier erst noch einen Auszug aus den in dieser Sache gewechselten Schriften zu liefern, da die für jeden Teil streitenden Gründe aus den, den Urteilen beigefügten Zweifels- und Entscheidungsgründen sich von selbst ergeben. Bemerken müssen wir aber noch, daß wir uns dabei an die, solchen Fakultäts-Arbeiten eigne gedehnte Schreibart nicht gebunden haben, sondern jene Zweifels- und Entscheidungsgründe in einem mehr natürlichen und gefälligern Styl liefern.

§. 4.

In dem von der Juristen-Fakultät zu G. abgefaßten Urteile wurde erkannt:

daß Klägere zuförderst gehörig sich zur Sache zu legitimiren schuldig.

Hiernächst die Hauptsache selbst anlangend, wird Beklagter von der gegen ihn erhobenen unstatthaften Klage entbunden und losgesprochen. Es sind auch Kläger die, durch den Prozeß verursachten Unkosten, nach vorgängiger deren Liquidation und erfolgter richterlicher Ermäßigung, dem Beklagten zu erstatten, und die Kosten der gegenwärtigen Akten-Versendung allein zu tragen verbunden.

§. 5.

Zweifels-Gründe.

Daß die klagenden Magiſtrâte nicht weiter ſich zu legitimiren ſchuldig ſeyn, und daß den Einwohnern der Stâdte L. und U. mit Recht eine verhâltnißmâßige Entſchâdigung wegen der Einquartierungslaſt, die ſie in dem Zeitraume von 1796 bis 1801, durch die zur Obſervationsarmee des nôrdlichen Deutſchlandes gehôrenden Truppen gehabt haben, gebûhre, ſcheinet ûberhaupt keinen großen Zweifeln unterworfen zu ſeyn. Denn ſo iſt

1) von einigen Rechtsgelehrten die Theorie aufgeſtellt, daß alle und jede Kriegesſchâden, welche Unterthanen erlitten, vergûtet, und unter ſâmmtliche Unterthanen verhâltnißmâßig verteilet werden mûſſen.

§. 6.

Dieſe Theorie ſcheinet auch um ſo mehr Grund zu haben, weil

a) der Krieg ein Factum des Staats iſt, indem er vom Staate gegen Staat, nicht aber von einem Individuum gegen ein Individuum gefûhret wird. Dies nun muß demnach auch die Folge haben, daß die Laſten des Krieges nicht von einzelnen Individuen, ſondern von dem ganzen Staate getragen werden mûſſen.

§. 7.

§. 7.

Ferner ist

b) der Krieg für eine gemeinschaftliche Last anzusehen, bei welchem daher Einer keine größere Last als der Andere zu tragen schuldig ist. Hiegegen würde aber offenbar gehandelt, wenn Kriegesschäden nicht unter alle Staatsbürger verteilet würden. Diesem tritt nun noch bei, daß in dem Falle ein Staatsbürger, welcher durch Repressalien Schaden gelitten hat, seinen Regreß an dem ganzen Staat zu nehmen wohl befugt ist, aus welchem Satz denn ein analogischer Schluß auf Kriegesschäden gemacht werden kann. Endlich kommt hier auch noch die Entscheidung der

L. 52. §. 4. ff. pro soc.

in Betracht, nach welchem Gesetze aller Schaden von denen, die sich in einer Societät befinden, gemeinschaftlich getragen werden muß.

G. M. Weber über Repartition der Kriegesschäden, S. 72. und 131.

Haus Beiträge zur Berichtigung der rechtl. Grundsätze über Kriegesschäden.

§. 8.

Daß nun aber auch Einquartierungen unter die Zahl wirklicher Kriegesschäden zu rechnen sind, ist aus dem

Regens-

Regensburger Reichs-Abschied vom Jahre 1641. §. 41.

klar, worin es so heißt:

Da diejenigen Quartiere und Einquartierungen, zu welchen des Feindes wirklicher Ein- und Vorbruch Ursach giebt, mit durchgehender Gleichheit nicht vorgenommen werden können, als erklären wir uns dahin, daß denen also beschwerten Kreisen, von den andern, so dergleichen Beschwerden nicht tragen, eine erkleckliche Beihülfe geschehen und wiederfahren solle.

von Dalwigk's juristische Aufsätze. Frkft. 1796. Nr. 1. S. 12.

§. 9.

Ueberdas scheinet auch die von den Klägern auf Vergütung gerichtete Forderung, nicht nur durch die analogische, auf vorliegenden Fall anwendbare, Grundsätze der legis Rhodiae de jactu, sondern auch dadurch hauptsächlich unterstützt zu werden, daß

a) schon in dem Jahre 1795 vom Landesherrn und Landesständen das Prinzip festgesetzt worden ist, daß alle Kriegeslasten auf eine verhältnißmäßige Art getragen, und alle Krieges-Ausgaben aus der Krieges-Steuerkasse genommen werden sollen.

Daß ferner auch

b) alles das, was in Ansehung des Reichskrieges und Reichskontingents gegolten habe,

auf

auf gleiche Weise bei den, durch die Neutralität entstandenen Lasten, um so mehr Anwendung finden muß, da schon in dem Jahre 1796 zwischen dem Landesherrn und den Ständen eine Uebereinkunft getroffen, und die Einquartierungen der zur Observationsarmee gehörenden Truppen, doch einzig und allein die Folge der von dem Landesherrn ergriffenen Neutralität ist.

§. 10.

Entscheidungsgründe.

Diesem allen, und was zuerst die Einrede der fehlenden Legitimation betrifft, steht entgegen, daß

1) städtische Magisträte nur dann für wahre Repräsentanten der Bürger gehalten werden können, wenn solche Rechte und Verbindlichkeiten, die den Stadtgemeinheiten zustehen oder obliegen, nicht aber dann, wie hier der Fall ist, wenn Rechte und Verbindlichkeiten einzelner Bürger in Frage kommen.

§. 11.

2) Hat die von den Magisträten beider Städte erhobene Klage keinesweges eine Entschädigung oder Vergütung eines, die städtischen Gemeinheiten als solche, oder die städtische Kämmereikasse betreffenden Schadens, zum

Gegen-

Gegenstande, sondern sie betrifft nur einzig und allein eine zu erhaltende Vergütung, welche die einzelnen Bürger dadurch erlitten, daß bei ihnen von 1796 bis 1801 Truppen von der zur Aufrechthaltung der Neutralität des nördlichen Deutschlandes zusammengezogenen Armee, in Quartier gelegen haben.

Es ist auch

3) nirgends in den Akten zu finden, daß die Bürger der beiden Städte darüber Beschwerde geführet, und ihren Magisträten zur Einklagung einer Entschädigung Vollmacht erteilet haben.

Aus allen diesen leuchtet nun hervor, daß die Magisträte die Ausführung einer Sache übernommen haben, wozu es ihnen an der gehörigen Bevollmächtigung gefehlet hat, und daß daher auf Legitimation derselben zu dieser Sache hat erkannt werden müssen.

§. 12.

So billig und politisch gut nun die in den Zweifelsgründen angeführte Theorie einiger neuern Rechtsgelehrten ist, vermöge welcher alle und jede Kriegesschäden, welche einzelne Staatsbürger oder ganze Gemeinden im Staate von Feinden oder Freunden gelitten haben, unter sämmtliche Glieder des Staats, jedesmal verhältnißmäßig, verteilet werden sollen: so

muß

muß doch jene Theorie für ungegründet gehalten werden. Denn so ist

1) kein Gesetz in Deutschland vorhanden, welches jenen Grundsatz enthält, oder woraus derselbe auch nur mit einigem Anschein gefolgert werden könnte.

§. 13.

Jener Grundsatz kann auch

2) nicht aus dem Satze, daß der Krieg ein Factum des ganzen Staats, und gemeinschaftliche Sache und Last desselben sey, hergeleitet werden. Denn daraus folgt nur so viel, daß alle Mitbürger daran Anteil zu nehmen, und die dazu erforderlichen Kosten auf gleiche Weise zu tragen verpflichtet sind, nicht aber, daß alle durch den Krieg entstehenden Schäden auf gleiche Weise von allen getragen werden müssen. Es muß vielmehr hier der Grundsatz statt finden: daß derjenige, welcher auf eine erlaubte und rechtmäßige Weise eine Handlung unternimmt, wie dies denn bei einem Staate, der gegen einen andern Krieg führet, offenbar der Fall ist, nicht verbunden ist, für alle Folgen derselben einzustehen.

§. 14.

So kann auch

3) die in der

L. 52. §. 4. ff. pro socio

enthaltene Entscheidung, um die Frage von Vergütung aller erlittenen Kriegesschäden zu entscheiden, hier nicht gebraucht werden. Denn so ist der Staat keine auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust errichtete Gesellschaft, auch haben sich die Staatsbürger nicht auf eine solche Art durch bestimmte Einwilligung zum Kriege verbunden, wie es die Glieder einer Privatgesellschaft bei Eingehung eines Geschäfts thun.

§. 15.

Auch ist

4) der Schluß von dem, durch Repressalien erlittenen Schaden der Unterthanen, auf die von denselben erlittenen Kriegesschäden, nicht richtig, da noch immer ein wesentlicher Unterschied zwischen Repressalien und Krieg übrig bleibt.

§. 16.

Ferner kann die Verbindlichkeit des Staats, alle und jede Kriegesschäden zu vergüten, aus der Natur und dem Wesen, so wenig des Krieges als der Staatsgesellschaft hergeleitet werden. Und da es hier an solchen Reichsgesetzen fehlet, die hierüber eine allgemeine Entscheidung an die Hand geben: so muß jedesmal ein besonderer Rechtsgrund vorhanden seyn, wenn Unterthanen oder einzelne Korporationen wegen

gen erlittener Kriegesschäden, Vergütung vom Staate fordern wollen.

von Bergs deutsches Staatsmagazin, Band 1. Heft 2. Seite 192. Band 2. Heft 2. Seite 297.

Pütters Rechtsfälle, Band 3. Th. 4. Seite 1081.

Fehlet es nun an einem solchen Rechtsgrunde: so müssen die Unterthanen die sie betroffenen Kriegesschäden als solche Unglücksfälle betrachten, die sie selbst, ohne weitere Vergütung deshalb fordern zu können, zu tragen haben.

§. 17.

Wollte man nun aber die Einquartierungslast, welche die Bürger der beiden Städte L. und U. durch die zur Demarkationsarmee gehörenden Truppen, in den Jahren von 1796 bis 1801 gehabt haben, unter die Kategorie wirklicher Kriegesschäden rechnen: so fehlet es dagegen an einem rechtlichen Grunde, woraus die Verbindlichkeit des Staats zur Leistung einer Vergütung hergeleitet werden könnte. Denn keiner von allen den Gründen, aus welchen sonst die Verbindlichkeit zur Entschädigung, in Ansehung der übrigen Staatsmitglieder, mit Rechtsbestande hergeleitet werden könnte, ist hier vorhanden.

§. 18.

Der von den Klägern aus dem Rhodischen Gesetze hergenommene Grund, kann auf gegenwärtigen Fall um so weniger analogisch angewendet werden, weil dabei vorausgesetzt werden muß, daß jemand durch Aufopferung seines Vermögens, das Vermögen der übrigen gerettet habe.

S. M. Weber über Repartition der Kriegesschäden, Seite 28.

v. Berg a. a. O. Band 2. Seite 308.

Da nun nicht behauptet werden kann, daß die Bürger in L. und U. durch die bloße Uebernehmung der Einquartierungslast, die Rettung des Vermögens der übrigen Unterthanen der Grafschaft L. bewirkt haben: so muß auch der Grund des Rhodischen Gesetzes:

aequissimum est, ut omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est,

hier völlig wegfallen.

§. 19.

Eben so wenig kann ferner von den Klägern eine Entschädigungs-Forderung wegen gehabter Einquartierung darauf gegründet werden, daß nach der Absicht oder den ausdrücklichen Befehlen des, die Neutralitätsarmee kommandirenden Generals en Chef, die Einquartierung der in den Städten L. und U. gewesenen Truppen, von der gesammten Grafschaft zu übernehmen

nehmen gewesen sey, oder auch, daß die Einquartierungslast, ihrer Natur und Absicht nach, sämmtlichen Unterthanen der Grafschaft obgelegen hätte. Zwar hat es sonst seine Richtigkeit, daß teils wegen der Art der Requisitionen, teils wegen des Grundsatzes des Rhodischen Gesetzes, Einzelne eine Vergütung vom Ganzen zu fordern berechtiget sind, wenn sie z. B. Lieferungen an Gelde, Fourage, Vieh oder Kleidungsstücken, welche einem ganzen Staat im Kriege angesetzt worden sind, entrichtet haben,

Bodemanns Grunds., wornach die Kriegesschäden jeder Art festzusetzen sind, Seite 12 und 13.

wohin denn auch in gewisser Hinsicht der Fall gerechnet werden kann, den

Strube in rechtl. Bed. Th. 3. Bd. 21.

von einem Eigenthümer eines Hauses anführet, der dasselbe auf Requisition des Feindes zu einem Lazareth hergegeben hat, und deshalb von der städtischen Kämmerei Entschädigung fordert. Allein, wider alles dieses ist zu bemerken, daß

1) aus den Akten deutlich erhellet, daß die in Frage stehende Einquartierung, von dem regierenden Herzog von B. als damaligen kommandirenden General en Chef der Observationsarmee, nicht der ganzen Grafschaft L., sondern einzig und allein den Städten L. und U. zugeteilet worden ist. Dies

Dies beweiset das von dem Herzog von B. an den Landesherrn erlassene Schreiben vom 29. Sptbr. 1796, worin jener sich ausdrücklich so erklärt:

daß man bei nöthig erachteter, von des Königs von P. Majestät höchst verfügten weitern Auseinanderlegung der Truppen des hier versammelten Corps d'armée nicht umhin könne, drei Bataillons des Infanterie-Regiments Prinz Louis, in die Oerter L. und U. zu verlegen.

2) Ist auch kein einziger Grund vorhanden, daß die, den beiden Städten L. und U. zugefallene Einquartierung so zu betrachten sey, als ob sie, ihrer Natur und Eigenschaft nach, eine dem ganzen Lande obgelegene Last gewesen sey, besonders da die Akten an die Hand geben, daß gleichfalls das platte Land und andere Städte des Landes mit Truppen von dem Kordon hinreichend bequartieret gewesen sind.

§. 20.

Die Verbindlichkeit zur Entschädigung wegen gehabter Einquartierungslast, kann nun auch nicht, weder aus einem Vertrage, oder aus einer vorherigen Zusicherung des Staats, noch überhaupt aus irgend einer Handlung hergeleitet werden. Denn

1) kann die, zwischen dem Landesherrn und den Landständen im Jahre 1796 getroffene Ueber-

Uebereinkunft, vermöge welcher aller, für die angenommene und nunmehr beschützte Neutralität entstandene oder noch entstehende Aufwand, aus der Kriegeskasse genommen werden soll, keinesweges auf die Einquartierung, sondern nur darauf Beziehung haben, daß aus der, bei dem Anfange des Reichskrieges gegen Frankreich errichteten Kriegeskasse, dem Zwecke gemäß, die, zur Mobilmachung und Unterhaltung des Quintuplums der Grafschaft L., und die durch die bewilligten Römermonate veranlaßten Unkosten, bestritten werden sollen, welche dadurch entstehen würden, daß der Fürst von L., gleich den übrigen Reichsständen, innerhalb der Demarkationslinie, ein Gewisses an Gelde und Naturalien für die Observationsarmee zu liefern übernommen habe, oder noch weiter übernehmen könnte.

§. 21.

2) Ist der, von dem Landesherrn und seinen Landständen, im April 1795 aufgestellte Grundsatz:

> daß nicht nur das Fuhrwesen und jede Last des Krieges, auf eine verhältnißmäßige Art zu tragen, und jede Ausgabe des Krieges aus der Kriegessteuerkasse zu nehmen sey,

teils nur von dem damaligen Reichskriege zu ver-

verstehen, teils auch, wenn man ihm auch eine weitere Ausdehnung geben, und ihn auf die, durch die aufgestellte Observationsarmee entstehenden Unkosten ziehen wollte, über welchen Gegenstand aber doch, wie schon §. 20. bemerkt ist, eine besondere Verbindung im Jahre 1796 zwischen dem Landesherrn und den Landständen getroffen worden ist: so kann doch niemals die Folge daraus hergeleitet werden, daß auch alle etwa entstehende Kriegesschäden, am wenigsten Einquartierungskosten, vergütet werden sollen.

§. 22.

3) Hat der Landesherr, bei Annahme der, von dem Könige von P. den Reichsständen des nördlichen Deutschlandes angebotenen Neutralität, sich nur zu einer Lieferung an Naturalien und Bezahlung einer gewissen Summe Geldes, zum Behufe der Observationsarmee, anheischig gemacht, nicht aber sich verpflichtet, eine bestimmte Anzahl Truppen von der Observationsarmee in seine Grafschaft in Quartier zu nehmen. Es läßt sich daher auch nicht behaupten, daß die nachher entstandene Einquartierungslast als eine allgemeine Landeslast zu betrachten sey, und daher den dadurch beschwerten Teilen des Landes eine Vergütung gebühre.

§. 23.

§. 23.

4) Erhellet aus obigem, daß die Protestation des Landesherrn gegen die den Städten L. und U. zugelegte Einquartierung völlig fruchtlos würde gewesen seyn, da solches der militärische Plan des kommandirenden Generals, und die übrigen Umstände es so mit sich brachten.

5) Kann die erfolgte Einquartierung in der Grafschaft L. als eine nothwendige Folge der, von der Landesherrschaft angenommenen Neutralität nicht angesehen werden. Aber auch dann, wenn man sie dafür halten wollte, würde doch daraus noch nicht die Verbindlichkeit zur Ersetzung aller daraus entstehenden Schäden und Nachteile gefolgert werden können; so wenig das der Fall seyn würde, wenn ein Staat von seiner Staatsgewalt, einem andern Staate Krieg zu erklären, Gebrauch gemacht hat.

§. 24.

Es läßt sich auch daraus, daß den Städten für das den aufgestellten fünffachen Reichskontingente bei dem Anfange des Reichskrieges gegebene Quartier, ein verhältnißmäßiges Servisgeld zur Vergütung der Kriegessteuer bewilliget worden ist, kein Schluß auf den gegenwärtigen Fall machen. Die Umstände zwischen beiden Fällen sind verschieden, und verhindern

also

also auch alle analogische Folgerungen. Das Quintuplum des Reichskontingents ging das gesammte Land an, und brauchte also nicht von zwei Städten aufgenommen zu werden. Aber die Truppen der Observationsarmee hatten keine Beziehung auf das ganze Land, auch wurde die Einquartierung derselben nicht blos den Städten L. und U., sondern auch gleichfalls dem platten Lande und den übrigen Ortschaften zu Teil.

§. 25.

So kann auch die Einquartierung an sich, in so fern keine Unterhaltung und Beköstigung der Einquartierten damit verbunden ist, der Regel nach nicht in die Klasse wirklicher Kriegesschäden gesetzt, und so keine Entschädigung und Vergütung wegen derselben gefordert werden. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn den Einquartierten außer Dach und Fach, noch Holz und Licht, jedoch gemeinschaftlich mit ihren Hauswirthen, gegeben werden muß. Denn in einem solchen Falle opfern die Quartiergeber nur etwas von ihrer Bequemlichkeit auf, oder sie verlieren nur einen kleinen Gewinn, den sie durch Aufnahme anderer in ihre Wohnung hätten machen können; von dem Ihrigen büßen sie aber nichts ein.

von Berg's deutsches Staatsmagazin, Bd. 2. Heft 2. S. 306.

Hiemit stimmen auch solche Rechtslehrer überein, welche sonst in den Grundsätzen von Vergütung der Kriegesschäden, von denjenigen abweichen, die oben als die richtigen, und den jetzt bestehenden Gesetzgebungen entsprechenden angenommen sind, wie denn selbst

Weber über Repartition der Kriegesschäden S. 182.

ausdrücklich sagt:

da Einquartierungen an und für sich kein wahrer Schaden sind, so folgt klar daraus, daß für dieselben der Regel nach, gar nichts vergütet werden dürfe.

§. 26.

Daß nun die Einwohner von L. und U. ihren Einquartierten keine Beköstigung, sondern nur allein Dach und Fach, Holz und Licht und zwar gemeinschaftlich mit den Wirthen gegeben haben, erhellet zum Teil schon aus dem oben angeführten Schreiben des Herzogs von B. von 1796. In diesem Schreiben heißt es so:

Brod und Fourage empfangen vorbemeldete Truppen, — die nemlich nach L. und U. kommen sollen, — aus den von dem hiesigen Kommissariate nachzuweisenden Depots, so daß diese Verquartierung Euer Liebden Unterthanen nicht zur Last gereichen wird.

Ueberdem haben die benannten beiden Städte für das Brennholz, Licht und Stroh, welches

sie

sie für das Quartier und die Küche des Prinzen L., des Obristen von K., der acht Kompagnie-Chefs, der fünf Wachtstuben und des Lazareths geliefert haben, wöchentlich eine Aversionalsumme erhalten, so daß davon gegenwärtig die Rede nicht seyn kann.

§. 27.

Aus allen diesem ergiebt sich nun, daß die von den Klägern erhobene Klage völlig unstatthaft sey, und daß daher dieselben verpflichtet sind, die durch den Prozeß verursachten Kosten, wie nicht weniger die, durch die in Gemäßheit des Fürstlichen Commissorii vom 31. Octb. 1800 erkannte Aktenversendung, entstandenen Unkosten allein zu tragen.

§. 28.

Gegen dieses Erkenntniß der Juristen-Fakultät zu G. wurde von den beiden Städten L. und U. die Nichtigkeits-Beschwerde eingewandt. Zur Ausführung dieses Rechtsmittels wurde den Querulanten eine vierwöchentliche Frist verstattet, und darauf von denselben, nebst Bescheinigung der Verzögerungs-Ursachen, mithin vor Ablauf der verstatteten Frist, die Rechtfertigung der Nichtigkeits-Beschwerde zu den Akten gebracht; nach gewechselten Schriften aber wurden die Akten an die Juristen-Fakultät

in

in Helmstädt, um darin ein rechtliches Erkenntniß abzufassen, verschickt.

§. 29.

Ehe wir das von jener Juristen-Fakultät gefällte Urteil einrücken, wollen wir zuförderst das Gutachten eines Rechtsgelehrten über jenes G. Urteil hieher setzen.

Es kommt, so heißt es in jenem Gutachten, auf die Frage an:

ob jene Entscheidung der G. Juristen-Fakultät durch so einleuchtende Gründe unterstützet worden ist, die, Beruhigung dabei, anräthlich machen?

§. 30.

Diese Frage scheinet nun in Erwägung des Streitpunkts überhaupt und bei Prüfung der aufgestellten Gründe, nicht wohl können bejahet zu werden.

Denn so beruhet der Satz, daß jede Staatslast von den Staatsbürgern in proportionirlicher Gleichheit getragen, und der eine für den andern nicht belastet, und wenn das ja der Fall ist, der Ueberbelastete entschädiget, und solchergestalt die Gleichheit hergestellet werden müsse, schon auf unleugbaren Grundsätzen des natürlichen Rechts.

Selbst ist dies der Fall, nach der Lehre der bewährtesten Naturalisten, in Ansehung der Krieges-Kontribution und der Einquartierungen.

Nettelblat in System jur. Nat. §. 1359. rechnet ausdrücklich die Einquartierungslast unter die Kontributionen; und von der Krieges-Kontribution sagt er l. c. §. 1651. Nr. 3:

> Si hostis pluribus simul sumtis contributiones militares imponit, singuli pro rata conferre debent, et quod unus alterve ad avertendum periculum commune, ultra ratam suam solvit, ei ab aliis restituendum est.

Auffallend ist es daher, wenn von diesen Grundsätzen bei der vorliegenden Streitfrage aus dem Grunde keine Anwendung hat gemacht werden wollen, weil sie ein specielles Reichsgesetz nicht sanctioniret hat; indem bekanntlich ein vollständiges deutsches Reichs-Gesetzbuch völlig mangelt, und in Fällen, wo die Gesetze nicht speciell entscheiden, zur Beurteilung des Streitfalls, auf die Analogie reduciret werden muß.

§. 31.

In den Entscheidungsgründen des G. Urteils wird zwar behauptet: daß aus der Natur und dem Wesen, weder des Krieges noch der Staatsgesellschaft, die Verbindlichkeit, alle und jede

jede Kriegesschäden zu vergüten, nicht zu begründen stehe.

Allein

1) ist dieser negativ hingeworfene Satz mit nichts erweislich gemacht; es bleibt vielmehr ein fester, fast von Niemandem in Zweifel gezogener Grundsatz: daß demjenigen, welcher die Krieges-Beschwerungen zum Vorteil seiner Mitbürger getragen hat, oder sonst vorzüglich für die übrigen beschweret worden ist, zur Wiedererstattung des dieserhalb gehabten Aufwandes und Schadens, nach Abzug seines eignen Anteils, auf alle Weise, und sogar mittelst angestellter Klage, verholfen werden muß.

Winkler Abhandl. von Kriegesschäden, Abs. 2. Hpst. 9. §. 8. und 500.

§. 32.

2) Kann auch in keinem Falle, wie in den Entscheidungsgründen angenommen worden ist, die durch die langwierige Einquartierung empfundene Ueberlast, als bloßer Zufall betrachtet werden. Denn ohne zu gedenken, daß auf dergleichen Kriegeslasten nur alsdenn der Begriff vom Zufall paßt:

quando sumtus ab exercitu simpliciter et ab invitis fuere exacti.

Müller ad Struv. ex. 20. §. 27. tit. 2. Not. II.

hier-

hiernach also die in Frage stehende prägravirliche Einquartierungslast an sich schon unter die Kategorie der bloßen Zufälle nicht zu rechnen steht: so ergiebt auch das ganze Verhältniß und die Veranlassung zur Bequartierung beider Städte, den ganz entgegenstehenden Fall, weil die, den Städten widerfahrne Einquartierungs-Belästigung, lediglich Folge des Beitritts zur Neutralitäts-Konvention war. Denn diese veranlaßte nicht nur die Verbindlichkeit zur Konkurrenz der Verpflegung der Truppen mit Geld und Naturalien, sondern es war auch die Unterbringung der Truppen in den Neutralitäts-Landen unumgänglich erforderlich, weil sie nur in diesem, und auf keinem fremden Territorio, stationiret werden konnten. Das Gebiet des L. Landes würde demnach ohne diesen Beitritt kein Soldat der Observationsarmee betreten, diese vielmehr die ganze Grafschaft ohne solche Teilnehmung ihrem Schicksal überlassen, und dem Eindringen der französischen Truppen Preis gegeben haben.

§. 33.

Es ist leicht zu ermessen, daß in einem solchen Falle, außer den Drangsalen, Brandschatzungen, Requisitionen und Plünderungen, denen das Land, nach den Beispielen so vieler andern verheerten Provinzen Deutschlands,

untergelegen haben würde, auch keine Stadt und Dorf mit Einquartierungen verschont geblieben, sondern wahrscheinlich die Residenz und andere jetzt befreiet gebliebene Oerter mit schwerer Einquartierung würden belastet worden seyn.

Wurde nun aber dies gesammte Unglück, und also auch die Ueberschwemmung von verheerenden feindlichen Armeen, durch den Zutritt zur Neutralitäts-Konvention abgewandt: so wurde das Incommodum, in so weit es durch die repartirten Geldbeiträge allein nicht abgewandt werden konnte, sondern auch überdas die Aufnehmung eines Teils der zur Armee gehörenden Truppen erforderte, von den beiden Städten und den umliegenden Gegenden, zum Besten des übrigen davon befreiet gebliebenen Landes und der darin liegenden Städte, übertragen, indem auch durch diese, mit der Konvention in nothwendiger Verbindung stehende Last, die Abwendung der feindlichen Gefahr bewirkt wurde. Es begründet daher diese Prägravation, nach dem schon naturrechtlich bestehenden Satze:

ut omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus impensum est,

Pufendorf Jus Nat. et Gent. Lib. 4. Cap. 13.

Böhmer intr. in jus dig. lib. 14. tit. 2. §. 3.

allerdings den Antrag auf Entschädigung.

§. 34.

Ueberhaupt hat

3) das, auf jenem Grundsatz beruhende Rhodische Gesetz, nach der einstimmigen Lehre der Rechtsgelehrten, auf analogische Fälle ganz unbezweifelte Anwendung;

> **Lex Rhodia applicari recte potest ad casum aversae depraedationis communis, ubi itidem omnes quorum res sunt servatae contribuere tenentur, nullo privilegio exemtionis obstante, adeo ut forenses quoque ad contributionem teneantur si quaedam bona habuerint, illaque fuerint servata.**
>
> *Stryk* U. M. Lib. 14. Tit. 2. §. 12.
>
> *Hellfeld* Jurispr. for. §. 890.

diese Anwendung muß auch, gegen die Meinung des Urteils-Verfassers, **in substrato** statt finden, weil nach dem auseinandergesetzten Sachverhältniß allerdings der Fall eingetreten ist, wo als nothwendige Folge des Beitritts zur Neutralitäts-Konvention, die Einquartierung zum sichtbarsten Vorteil und zur Rettung des Vermögens des befreiet gebliebenen Teils des übrigen Landes und der darin belegenen Städte, von den klagenden beiden Städten mit großem Bedruck und Nachteil hat müssen übernommen werden. Hierin liegt denn auch der besondere Rechtsgrund, vermöge dessen die klagenden Städte,

in

in so weit sie mit einer doppelten Last zum Vorteil des übrigen Landes belegt gewesen, rechtliche Entschädigung und Vergütung zu fordern berechtiget sind:

Sumtus enim metatorii seu inhospitationis contributionem merentur, ob quos exhibitos totius regionis et provinciae salus quaesita, et devastatio, incendium et ejusdem desolutio aversa fuisset, v. g. si exercitus hostis, ni intra oppida recipiatur, devastationem et totius provinciae eversionem interminaret, tum si quaedam oppida, ad avertendum commune periculum, ex justo metu militibus inhospitationem, et sumtus praestarent, merito competit civibus illis auxilium legis Rhodiae, ut caeteri pro rata damni partem et lucri ferant.

Müller ad Struv. Ex. 20. §. 27. not. e.

§. 35.

Was nun noch

4) in den Entscheidungsgründen für den widrigen Ausfall des Erkenntnisses angeführet worden, ist nicht von Bedeutung. Denn daß

a. von dem Commandeur en Chef, gerade die Belegung der beiden Städte requiriret wor-

den, gehöret in den gemachten Dislokations-Plan, und hat auf die Frage, in Betreff der Zu- oder Unzulässigkeit einer Entschädigungs-Verbindlichkeit, in Hinsicht der befreiet Gebliebenen, keinen Einfluß, die zu bewirken oder vorzubedingen, nicht die Sache des Herzogs von B., sondern der belasteten Kommunen gegen die Befreieten war, und eben darum Verbindlichkeit wurde, weil nicht das ganze Land, sondern vorerwähnte beide Städte und die umliegende Gegend, durch Einquartierung prägraviret wurde. Außer dem Flecken L. waren nur die umliegenden Dorfschaften beleget, und daß diesen gleichfalls eine Entschädigung gebühre, läßt sich gar nicht bezweifeln.

§. 36.

Weiter ist schon

b. oben bemerklich gemacht, daß lediglich auf den Grund der Neutralitäts-Konvention die Grafschaft der Verbindlichkeit, Einquartierungen anzunehmen, unterlag; mithin, und da dabei in der Art schonend verfahren, daß nur einigen Distrikten die Last aufgelegt wurde: so folgt daraus nach den Regeln der Aequalität von selbst, daß der geschonte und frei gebliebene Teil, dem belasteten zu Hülfe kommen müsse.

Ob die Kasse, worin die desfalsigen Beiträge zu der zu prästirenden Entschädigung, nun die Kriegessteuerkasse, oder eine andre seyn soll, bleibt an sich zwar gleichgültig; indessen, da diese Kasse auch für Erhebung der zur Verpflegung der Demarkationsarmee zu entrichtenden Beiträge, ihre Fortdauer behalten hat: so kann auch aus derselben, ob connexitatem am füglichsten diese Entschädigung erfolgen, und zwar in der Art, daß die Einquartierungslasten der belasteten Kommunen gehörig ausgemittelt, alsdann deren Beitrag mit aufs ganze Land repartiret, solchemnach aber die Anrechnung der eignen Quote der Belasteten, die quanta erhoben, ausgezahlet oder vergütet werden.

§. 37.

Die mit einigen Auctoritäten unterstützte Behauptung: Einquartierung sey an und für sich kein wahrer Schade: ist so ungereimt und sonderbar, daß sie kaum eine Würdigung verdient; da die Erfahrung die Last und den Nachteil dieser Auflage zur Genüge bewähret, wie denn auch bekannt genug ist, daß viele Familien, lediglich durch den Druck der Einquartierung, zu Grunde gerichtet sind.

Nimmt man auch an, welches doch bei der gewohnten Zudränglichkeit des Militärs nicht

so

so ganz geschehen kann, den Einquartierten habe nur Dach und Fach, Holz und Licht gereicht werden dürfen: so ist die Unbequemlichkeit, in Hinsicht der Wohnung, an sich schon bedeutend, und Holz und Licht, da die Darreichung in der Quantität und Qualität nicht vom Wirthe, sondern von den Einquartierten abhängt, eine kostspielige Ausgabe.

§. 38.

Was nun die Entschädigung in Hinsicht des befreiet gebliebenen Teils des Landes betrifft: so muß bei Eruirung der Entschädigung der Miethsfuß zum Grunde gelegt, und die Sache nach eben den principiis beurteilet werden, die von der Fürstlichen Regierung zwischen Pächter und Verpächter festgesetzt sind. Die darin enthaltenen Grundsätze ergeben schon, daß man die Einquartierung keinesweges als eine nicht lästige und keinen Schaden befördernde Sache betrachten dürfe. Hiebei versteht es sich aber von selbst, daß dasjenige, was den Bequartierten für Holz und andre Bedürfnisse vergütet worden ist, in Abgang gestellet werden müsse.

§. 39.

Aus diesen hier vorgetragenen Gründen ergiebt

ergiebt sich, daß die §. 20. aufgeworfene Frage:

ob die Entscheidung der G. Juristen-Fakultät durch so einleuchtende Gründe unterstützt worden, die Beruhigung dabei anräthlich mache?

verneinet werden müsse, und so die beiden Städte L. und U. hinreichende Veranlassung haben, sich bei dem G. Urteile nicht zu beruhigen.

Daß nun der Verfasser dieses Gutachtens sich nicht geirret habe, beweiset das in der zweiten Instanz ergangene Urteil.

§. 40.

Wider das in erster Instanz ergangene Erkenntniß wurde, wie wir schon §. 28. bemerket haben, die Nichtigkeits-Beschwerde eingewandt, und erfolgte darauf nachstehendes, von der Juristen-Fakultät zu Helmstädt abgefaßtes, Urteil:

daß der unstatthaften querulatischen Einrede, der den Querulanten entgegengesetzten Einreden rechtskräftiger Entscheidung der Sache ungeachtet, das eingewandte Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde, für zulässig allerdings zu achten. Hiernächst die Sache selbst anlangend, wird mit Aufhebung der Sentenz vom 21. Febr. 1805 hiermit erkannt,

kannt, daß Querulanten sich besser zur Sache zu legitimiren nicht schuldig, hingegen ist querulatische Fürstliche Kriegessteuerkasse, Einwendens ungeachtet, verbunden, den querulantischen Städten L. und U. die in den Jahren 179) bis 1801 gehabten Preußischen Einquartierungen, wenn die Größe derselben in Ansehung der Mannszahl und der Zeit angegeben, und gehörig binnen einer von Kommissionswegen anzuberaumenden Frist, von Querulanten bescheiniget worden ist, in so weit durch sothane Einquartierungen die querulantischen Städte, von den übrigen Ortschaften der Grafschaft L. prägraviret worden sind, nach einem festzusetzenden monatlichen Servis-Ertrage zu vergüten. Die auf diesen Prozeß aufgegangenen Kosten, sowohl dieser, als voriger Instanz, sind aus bewegenden Gründen gegen einander zu vergleichen und aufzuheben, auch beide streitende Teile die Kosten der Akten-Versendung, sowohl dieser, als voriger Instanz, zu gleichen Teilen zu erstatten schuldig.

§. 41.

Zweifelsgründe in Ansehunng der Nebenpunkte.

Die von den Querulaten den Querulanten entgegengesetzte Einrede, der bereits in der

der Sache ergangenen rechtskräftigen Entscheidung, scheinet allerdings Grund zu haben. Denn

1) das in dieser Sache erteilte Kommissorium geht dahin, die Sache zur rechtlichen Entscheidung durch eine auswärtige Juristen-Fakultät zu instruiren, und, wie eins oder das andre geschehen sey, zu berichten. Diese Instruktion ist nun aber, wie die verhandelten Akten ergeben, vollzogen, und die Entscheidung der auswärtigen Juristen-Fakultät erfolgt, und muß daher die Kommission für beendigt gehalten werden.

§. 42.

2) Stehet den Kommissarien um so weniger die Zulassung eines gewöhnlichen Prozeßganges und Verstattung gewöhnlicher suspensiv Rechtsmittel in dieser Sache zu, da dieses der Absicht der kommittirenden Landesregierung entgegen läuft, und dem Kommissorium von den auf Kommission antragenden Städten, nicht widersprochen worden ist.

§. 43.

3) Kann auch nur von dem Erkenntniß eines Kommissarius an den Kommittenten appel-

liret

liret werden, indem nach deutlicher Vorschrift der

L. 55. ff. de re jud.

ein Richter, nachdem er seine Sentenz in der Sache gesprochen hat, nicht weiter Richter in derselben seyn kann, immaßen unter dem Deckmantel einer Kommission, sich eine unerlaubte Instanzen-Vermehrung sonst einschleichen würde. Da nun Kläger und anmaßliche Querulanten die Appellations-Formalien in dieser Sache versäumt, und die Appellation nicht zu gehöriger Zeit interponiret haben: so ist das aufgetragene Kommissions-Geschäft mit geschehener Publikation des von G. eingeholten Urteils, beendigt, und steht also den Querulanten offenbar die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung entgegen.

§. 44.

Entscheidungsgründe in Ansehung der Nebenpunkte.

Gegen dieses alles ist aber in Betracht zu ziehen, daß

1) die Worte des Kommissoriums,

und wie eines oder das andere geschehen sey, zu berichten:

nicht

nicht so zu verstehen sind, daß, wenn die Sache zur rechtlichen Entscheidung durch eine auswärtige Juristen-Fakultät instruiret worden, die Kommission alsdann davon zu berichten habe, und deren Geschäft alsdann geendigt sey. Jene Worte beziehen sich vielmehr darauf, daß die Kommissarien darüber berichten sollten, ob der ihnen in dem Kommissorium erteilte Vergleichs-Versuch Erfolg gehabt habe, oder ob die Akten zum auswärtigen Rechtsspruch instruiret worden sind. Der letztere Fall ist hier nun eingetreten, und kann hiebei nicht anders angenommen werden, als daß das fernere rechtliche Verfahren zwischen den Partheien, nach den sonst bei den Landesgerichten geltenden Prozeß-Gesetzen, bestimmt werden müsse, indem, da in dem Kommissorium kein besonders prozessualisches Verfahren vorgeschrieben worden ist, die Vermuthung dafür streitet, daß dasjenige statt finden solle, was bei Verhandlung einer Streitsache vor dem ordentlichen Richter statt findet.

Cap. 13. X. de offic. et potest. jud. deleg.

Schaumburg princ. prax. judic. Lib. 1. Sect. 2. Cap. 8. §. 7.

Da nun auch in dem Kommissorium nicht enthalten ist, daß nach Einholung eines Erkennt-

kenntnisses von einer auswärtigen Juristen-Fakultät, es dabei sein Bewenden schlechterdings behalten müsse: so kann auch nicht angenommen werden, daß die Absicht der kommittirenden Landesregierung dahin gegangen sey, den Querulanten die bei den Gerichten gewöhnlichen suspensiv Rechtsmittel abzuschneiden.

§. 45.

2) Kann die Einwendung eines bloßen suspensiven, gewöhnlich zulässigen Rechtsmittels, nicht für eine unerlaubte Instanzen-Vermehrung gehalten werden. Denn darunter ist nur eine widerrechtliche Vervielfältigung der einander subordinirten Gerichtsstände zu verstehen. Hievon redet

Gönner in seinem Handbuche des gemeinen deutschen Prozesses, Th. 4. Abs. 1. §. 2. Nr. 8.

wenn er sagt: daß der Satz, daß von einem Kommissarius an den Kommittenten appelliret werde, dahin beschränkt werden müsse, wenn der Kommittens ein Rechtskollegium sey, immaßen sonst unter dem Deckmantel einer Kommission, sich eine unerlaubte Instanzen-Vermehrung, z. B. eine Kabinets-Instanz, einschleiche.

§. 46.

Was nun die oben angeführte

L. 55. ff. de re jud.

betrifft, so ist dieses Gesetz hier gar nicht anwendbar. Denn nach der römischen Gerichtsverfassung waren keine ordentliche, blos suspensive Rechtsmittel eingeführt. Es kann also von der Vorschrift jenes Gesetzes, welche auch in dem kanonischen Rechte bestätiget worden ist,

Cap. 60. X. de appellat.

Cap. 10. de appell. in 6to.

nur in so ferne Gebrauch gemacht werden, daß der Richter, wenn kein Rechtsmittel gegen die Sentenz eingewandt worden, nicht befugt ist, dieselbe wieder zu ändern.

Strube rechtl. Bedenk. Th. 4. Bd. 18.

Hieraus ergiebt sich also von selbst, daß, da Querulanten zur Einwendung eines blos suspensiven Rechtsmittels, gegen die vorige Sentenz, wohl befugt gewesen, und da die Formalien derselben gehörig beachtet worden sind, nichts darauf ankommen könne, daß von ihnen die Formalien der Appellation nicht beachtet sind. Aus diesen Gründen steht also den Querulanten die Einrede des bereits rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreits nicht entgegen,

gegen, und muß daher die eingewandte Nichtigkeits-Beschwerde für zulässig erkannt werden.

§. 47.

Zweifelsgründe in Ansehung der Hauptsache.

Was nun die Hauptbeschwerden der Querulanten selbst betrifft, so hat es auch hier das Ansehen, daß, in Betreff des Legitimations-Punktes, die querulantischen Magisträte der beiden Städte L. und U. sich zuförderst zur Sache zu legitimiren schuldig sind. Denn so sind

1) städtische Magisträte nur in den Fällen für wahre Repräsentanten der Bürger zu halten, wenn von Rechten und Verbindlichkeiten die Rede ist, die denselben als Stadtgemeinheiten zukommen. Dies aber kann nicht auf den Fall gezogen werden, wenn Rechte und Verbindlichkeiten einzelner Bürger der Städte in Streit kommen. Gegenwärtige Entschädigungs-Forderung wegen gehabter Einquartierungslast, hat nicht einen, die städtischen Kämmerei-Kassen betreffenden Schaden zum Gegenstande, sondern nur einzig und allein eine zu erhaltende Vergütung wegen desjenigen Schadens, den einzelne Bürger

Bürger der beiden genannten Städte dadurch erlitten haben sollen, daß von 1796 bis 1801 Truppen von der, zur Aufrechthaltung der Neutralität des nördlichen Deutschlandes zusammengezogenen Armee, bei ihnen in Quartier gelegen haben.

§. 48.

2) Ist es hier auch um desto nöthiger, daß querulantische Magisträte sich zuförderst zur Sache legitimiren, da aus den Akten nicht erhellet, daß sie von den Bürgern zur Einklagung einer Entschädigung Vollmacht erhalten haben.

§. 49.

Ob nun zwar, was die Entschädigungs-Forderung anlanget, einige Rechtsgelehrte der Meinung sind, daß alle und jede Kriegesschäden, welche einzelne Staatsbürger, oder ganze Gemeinden im Staate, von Feinden oder Freunden erlitten haben, unter sämmtliche Glieder des Staats jedesmal verhältnißmäßig verteilet werden müßten: so scheinet doch, daß diese Meinung keine Rechtsgründe für sich habe. Denn so ist

1) kein Gesetz in Deutschland vorhanden, woraus mit irgend einer Wahrscheinlichkeit solches gefolgert werden könnte. Daraus, daß

daß der Krieg ein Factum des ganzen Staats ist, folgt nun zwar, daß alle Staatsbürger an den Kriegeslasten Anteil zu nehmen schuldig sind, nicht aber, daß alle, durch den Krieg entstandene Schäden, auf gleiche Weise von allen getragen werden müssen. Es muß hiebei vielmehr der Grundsatz angenommen werden, daß der, welcher auf eine erlaubte und rechtmäßige Weise eine Handlung unternommen hat, für alle Folgen derselben einzustehen, nicht schuldig sey.

§. 50.

Ueberdies muß

2) die, in der

L. 52. §. 4. ff. pro socio

enthaltene Entscheidung nur von solchen Gesellschaften verstanden werden, welche auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust errichtet worden sind. Dies aber ist nun, wie jeder leicht einsehen wird, bei den gesellschaftlichen Verhältnissen des Staats nicht der Fall.

§. 51.

Eben so sind

3) Kriegesschäden als bloße Unglücksfälle zu betrachten, welche Privatpersonen, denen

solche

solche zugefügt sind, ohne alle weitere Vergütung zu tragen haben. Nur dann, wenn ein besonderer Rechtsgrund in einem vorkommenden Falle eintritt, steht denselben eine Entschädigung zu. An einem solchen Rechtsgrunde fehlet es aber, in Ansehung der streitigen Entschädigungs-Forderung.

§. 52.

Auch können

4) die Grundsätze des Rhodischen Gesetzes vom Seewurf auf diesen Fall um deswegen keine Anwendung finden, weil dabei jedesmal zum voraus gesetzt werden muß, daß jemand durch Aufopferung seines Vermögens dazu beigetragen habe, das Vermögen der übrigen zu retten. Es kann nun aber hier wohl nicht behauptet werden, daß durch die von den Bürgern in L. und U. übernommene Einquartierungslast, eine Rettung des Vermögens der übrigen Unterthanen der Grafschaft L. bewirket sey.

§. 53.

Es können auch

5) Querulanten um deswegen keinen Anspruch auf Entschädigung machen, weil sie die Einquartierungslast nicht für die ganze Grafschaft L. getragen haben, auch ihnen solche

nicht von dem Landesherrn, sondern von dem Herzoge von B., als kommandirendem General der Observationsarmee, und zwar zum Besten des nördlichen Deutschlandes, und nicht blos allein zum Besten der Grafschaft L., ist auferlegt worden. Auch kommt hiebei noch in Betracht, daß nicht blos jene beiden Städte, sondern auch das platte Land und andre Städte der Grafschaft L. an der Einquartierungslast Teil genommen haben.

§. 54.

Wenn nun auch

6) zwischen dem Landesherrn und den Landständen der Grafschaft L., in dem Jahre 1796 eine Uebereinkunft dahin getroffen ist, daß aller, für die angenommene und beschützte Neutralität entstandene oder noch etwa zu entstehende Aufwand, aus der Kriegeskasse genommen werden solle: so kann doch dies keinen Bezug auf die Einquartierung haben. Jene Uebereinkunft geht vielmehr dahin, daß aus der, bei dem Anfange des Reichskrieges mit Frankreich errichteten Kriegessteuerkasse, die durch Mobilmachung und Unterhaltung des Quintuplums der Grafschaft L., und durch die bewilligten Römermonate entstehenden Unkosten bestritten werden sollen, und daß nunmehr auch alle die Kosten daraus genommen werden

sollten,

sollten, welche dadurch entstehen würden, daß der Fürst von L. gleich den übrigen Reichsständen, innerhalb der Demarkations-linie, ein Gewisses an Gelde und Naturalien für die Observationsarmee zu liefern bereits übernommen gehabt, oder noch weiter übernehmen würde.

§. 55.

Der nun

7) von dem Landesherrn und seinen Landständen im April 1795 aufgestellte Grundsatz:

> wie nicht nur das Fuhrwesen und jede Last des Krieges halber, auf eine verhältnißmäßige Art zu tragen, und jede Ausgabe wegen des Krieges, aus der Kriegessteuerkasse zu nehmen,

geht nur auf den damaligen Reichskrieg, und wenn er auch von den, durch die Demarkationsarmee entstehenden Kosten, verstanden werden sollte: so können darunter doch nicht die Einquartierungslasten mit begriffen seyn. Denn der Landesherr hat sich, zur Aufnahme einer bestimmten Anzahl Truppen der Demarkationsarmee in sein Land, nicht verbindlich gemacht.

§. 56.

Auch kann

8) daraus, daß den Städten, für das dem fünffachen Reichskontingente bei dem Anfange des Reichskrieges gegebene Quartier, ein verhältnißmäßiges Servisgeld zur Vergütung, aus der Kriegessteuerkasse bewilliget worden ist, kein Schluß auf gegenwärtigen Fall gemacht werden. Der Reichskrieg ging dem gesammten Lande an, und brauchte also auch nicht das Reichskontingent allein von zwei Städten aufgenommen zu werden.

§. 57.

So ist auch

9) bloße Einquartierung, nach richtigen Grundsätzen, in so ferne keine Unterhaltung und Beköstigung der Einquartierten damit verbunden ist, auf keine Weise, der Regel nach, in die Klasse wirklicher Kriegesschäden zu setzen, und kann also auch nicht Entschädigung deshalb gefordert werden. Dies muß hier um so mehr statt finden, da die Einquartierten gemeinschaftlich Dach und Fach, Holz, Licht und Lagerstatt genossen, und die Bürger gedachter beider Städte denselben keine Beköstigung gegeben haben.

§. 58.

Entscheidungsgründe.

So anscheinend jene angeführten Zweifelsgründe gleich sind, so werden diese doch durch nachfolgende Gründe weit überwogen.

Es wird zuerst, so viel den Legitimations-Punkt betrifft, von querulantischer Seite nicht in Abrede gestellet, daß die Magisträte der beiden Städte L. und U., in Gemeinheits-Angelegenheiten gedachter Städte, als ordentliche Repräsentanten der Stadtgemeinheiten zu prozessiren wohl befugt sind. Es kommt also nur auf die Frage an: ob die vorliegende Streitsache für eine Gemeinheits-Angelegenheit könne gehalten werden? Diese Frage muß allerdings bejahet werden. Denn die in Frage stehende Einquartierungslast wurde durch die Regierungs-Resolution vom 1. Octbr. 1796, dem Magistrat zu L. bekannt gemacht, da von dem Chef der Demarkationsarmee, mit Bewilligung des Landesherrn, der Stadt L. die Einquartierung von 3 Bataillons Infanterie war verfügt worden. Hieraus ergiebt sich, daß von dem Landesherrn nicht den einzelnen Bürgern, sondern den Stadtgemeinheiten überhaupt, diese Auflage gemacht worden ist, wenn auch gleich den Magisträten der beiden Städte die Subrepartition oblag.

§. 59.

Diesem allen tritt nun noch hinzu, daß es die Pflicht eines jeden Stadtmagistrats mit sich bringt, sich der Gerechtsame seiner Bürger, auch unaufgefordert anzunehmen, mithin, wenn diese durch eine unverhältnißmäßige Einquartierungslast prägraviret worden sind, auf deren Entschädigung zu klagen. Es kann hiebei nicht in Betracht gezogen werden, daß diese Entschädigung zunächst und unmittelbar das Interesse der einzelnen Besitzer bequartierter Bürgerhäuser betroffen habe, indem eine Gemeinheits-Angelegenheit dadurch ihre rechtliche Eigenschaft als Gemeinheitssache nicht verlieret, wenn auch gleich das Interesse einzelner dabei im Spiele ist. Hieraus erhellet nun, daß eine bessere Legitimation zur Sache, von Seiten der querulantischen Magiſträte nicht erforderlich sey.

§. 60.

Freilich sind nun nicht alle und jede Arten von Kriegesschäden, welche Einzelne erlitten haben, vom ganzen Staate zu tragen. Allein solche Kriegeslasten, das ist, derjenige Teil des allgemeinen Schadens, welcher als eine unmittelbare Folge des Krieges, oder solcher Anstalten, welche auf die gemeine Sicherheit des Staats abzwecken, müssen von allen Staats-

Staatsmitgliedern, welche nicht besonders davon befreiet sind, getragen werden. Denn

1) ist in den Reichsgesetzen der Grundsatz allerdings enthalten und ausdrücklich in dem

Reichsabschiede von 1542. §. 66.

vorgeschrieben, daß wegen der Reichs-Kriegessteuern und Anlagen, in allen Ständen Gleichheit gehalten, und niemand mehr, denn der andre, prägraviret werden solle.

Hazfeld Prüfung der Grundsätze, welche über die Peräquation der Kriegeslasten bisher sind aufgestellt worden.

§. 61.

Wenn nun aber auch

2) die Reichsgesetze über die Peräquation der Kriegeslasten nicht disponirten, so müßte doch solche Peräquation der Kriegeslasten schon nach den Grundsätzen des natürlichen Staatsrechts angenommen werden. Denn jeder Staatsbürger verdankt die Sicherung seiner Rechte dem gesellschaftlichen Verbande, daher muß denn auch allen Staatsbürgern die Pflicht obliegen, gleichen Anteil an den Lasten zu nehmen, welche der Zweck des Staats erfordert. Wenn nun diese Lasten von einzelnen physischen, oder moralischen Per-

Personen im Staate getragen sind, so gebühret denselben auch von den unbelasteten Mitgliedern des Staats Entschädigung.

§. 62.

Der in der G. Sentenz dagegen angeführte Grund: daß der Staat für die Folgen des Krieges, als Factum des Staats, nicht einzustehen brauche: paßt nur auf die, einzelnen Personen zufällig betroffenen Kriegesschäden. Außerdem aber ist es natürlich unerlaubt, daß in einer Gesellschaft, bei dem Genuß gleicher Vorteile aus der gesellschaftlichen Verbindung, einige alle Lasten, wodurch die Sicherheit des Staats allgemein befördert worden ist, allein tragen, und die übrigen daran keinen Anteil nehmen sollen.

§. 63.

Sollte nun

3) die Analogie der

L. 52. §. 4. ff. pro socio

nicht auf vorliegenden Fall passen, so ist dagegen der Grundsatz, welchen das Rhodische Gesetz vom Seewurfe aufstellet:

quod

quod pro omnibus datum est urgente necessitate, id omnium contributione sarciendum est.

L. 1. ff. de leg. Rhod. de jactu.

auf gegenwärtigen Fall vollkommen anwendlich. Denn die Sicherheit der Grafschaft L., welche durch Stellung der Demarkationslinie erhalten worden ist, führte für die Bürgerschaft der Städte L. und U. die Uebernehmung der Einquartierungslast herbei, und solchergestalt muß denn auch der Schade, der diesen daraus erwachsen ist, von den übrigen Staatsbürgern ersetzt werden.

Platner diss. super usu legis Rhodiae de jactu in bello terrestri. Lips. 1762. pag. 23.

Haus Beiträge zur Berichtigung der rechtl. Grundsätze und die Verteilung der Kriegesschäden.

§. 64.

Es hat zwar, wie auch schon bemerket worden, seine Richtigkeit, daß die, bei Gelegenheit eines Krieges einer Privatperson zufällig zugestoßene Schäden, z. B. Raub, Plünderungen ꝛc. keinen Grund abgeben, deshalb

vom Staate Entschädigung zu fordern. Aber davon ist auch in dem vorliegenden Falle nicht die Rede, sondern von der Entschädigung wegen einer Kriegeslast, die von der Staatsgewalt einzelnen Gemeinheiten auferlegt ist, und zur Erhaltung des ganzen Landes abzweckte.

§. 65.

Es ist §. 63. gesagt, daß das Rhodische Gesetz vom Seewurf hier allerdings Anwendung finde. Der nun in der G. Sentenz (§. 18.) dagegen angeführte Grund hebt sich dadurch, daß es bei der Anwendung des Rhodischen Gesetzes nicht gerade darauf ankomme: ob und wie viel von dem Eigenthume anderer gerettet worden ist, indem, wenn bei eintretender Gefahr des Schiffes ein Seewurf geschieht, nicht als ganz gewiß bestimmt werden kann, wie viel von den im Schiffe enthaltenen Waaren, bei wirklich gewordenem Unglücke des Schiffbruchs, eingebüßt seyn würden, sondern es kommt nur darauf an, daß jemand durch Aufopferung seines Guts oder Rechts, die übrigen von einer, Allen obliegenden Last, oder einen jeden drohenden Gefahr befreiet habe.

Haus a. a. O. §. 32.

§. 66.

Ist nun ferner die Verlegung einiger Preußischen Truppen in einige Ortschaften der Grafschaft L., von dem kommandirenden General en Chef der Observationsarmee verfügt worden: so kommt doch dagegen im Betracht, daß dieses nicht ohne Genehmigung des Landesherrn geschehen sey. Das Regierungs-Rescript vom 1. Octbr. 1796 setzt dieses außer Zweifel, denn nach diesem ist von dem Landesherrn der Ortschaften, welche bequartieret werden sollten, solches bekannt gemacht. Es kann also auch in Rücksicht der Querulanten, die Bequartierung nicht für ein Factum des Generals en Chef, sondern des Regenten der Grafschaft L. gehalten werden. Daher sind denn auch Querulanten berechtiget, von dem Staate, der ihnen unmittelbar die Einquartierungslast, welche von ihm dem General en Chef bewilliget worden war, auferlegt hat, Entschädigung zu fordern. Hiebei aber bleibt es dem Staate, oder dessen Regenten unbenommen, der ihm gebührenden Entschädigung halber, gegen die übrigen zur Erhaltung der Ruhe des nördlichen Deutschlandes associirten Fürsten und Stände, ihren Regreß zu nehmen. — Darauf nun, daß außer den beiden Städten L. und U. mehrere Ortschaften in der Grafschaft L. bequartieret gewesen sind, und

von diesen keine Entschädigung gefordert worden ist, kann es hier deswegen nicht ankommen, und daraus auch kein Schluß auf vorliegende Sache gemacht werden, weil darunter die Rechte der Querulanten als einer dritten Person, keineswegs leiden können.

L. 1. 2. 3. C. inter alios acta vel judicata.

§. 67.

Die zwischen dem Landesherrn und den Landständen im Jahre 1796 getroffene Uebereinkunft, vermöge welcher aller, für die angenommene und beschützte Neutralität, entstandene oder noch etwa entstehende Aufwand, aus der Kriegessteuerkasse genommen werden soll, geht allerdings auch auf die Kosten der Einquartierungslast. Denn

1) hat damals sich die Landschaft auf die Proposition des Landesherrn dahin erkläret, daß alle und jede Ausgabe des Krieges halber, aus der Kriegessteuerkasse genommen werden soll.

2) Ist eben deswegen von den Landständen die Proposition des Landesherrn angenommen, daß nemlich der Aufwand der Demarkationsarmee in die Stelle dessen trete, welcher sonst

sonst bei dem gewordenen Abmarsch des Kontingents zur Reichsarmee würde entstanden seyn. Nun aber ist nicht in Abrede gestellet worden, daß bei dem Anfange des Reichskrieges, den Städten in der Grafschaft L. für das, dem aufgestellten fünffachen Reichskontingente gegebene Quartier, ein verhältnißmäßiges Servisgeld zur Vergütung aus der Kriegessteuerkasse sey bezahlet worden. Hiernach muß also nothwendig den Städten L. und U. für die, in Rücksicht der Neutralitätsarmee getragene Einquartierungslast, Vergütung werden. Der, in den Entscheidungsgründen zur G. Sentenz dagegen vorgebrachte Einwurf (§. 24.), ist ganz unerheblich. Denn so gut der Reichskrieg das Interesse des ganzen Landes betraf, eben so gut ist auch durch den Beitritt des Landesherrn und durch die Association des nördlichen Deutschlandes, der Zweck der Erhaltung der gemeinen Sicherheit gegen Kriegesgefahr, der Vorteil des ganzen Landes nicht nur beabsichtiget, sondern auch wirklich erreicht.

§. 68.

Kann denn aber wohl Einquartierungslast ohne Beköstigung einen Gegenstand der Entschädigung ausmachen? Schwerlich wird man

man diese Frage verneinen können. Denn wenn auch in Ansehung der Gemeinen, der Soldat mit seinem Wirth gemeinschaftliche Wohnung, Licht und Holz genießt, so muß demselben doch Salz und Lagerstroh, den Unter- und Oberofficieren aber, so wie den übrigen militärischen Personal, ein eignes Zimmer gegeben, und dieses in Feuerung und Licht unterhalten werden. Dieses alles ist unter dem Namen Servis begriffen,

Gnügen Anleit. zum Kriegesrecht, §. 171.

und muß, sobald ihr Betrag gehörig erwiesen worden ist, vergütet werden.

Hatzfeld a. a. O. §. 59.

Wozu nun noch kommt, daß, wie schon in dem vorhergehenden §. bemerket worden, in Rücksicht für das, dem zu stellenden fünffachen Reichskontingente, zu reichende Quartier, den Städten in der Grafschaft L. Servis aus der Kriegeskasse vergütet ist, wodurch also die Verbindlichkeit gedachter Kasse, die Einquartierungslast zu vergüten, anerkannt ist.

§. 69.

Aus allem dem, was hierüber gesagt worden, ergiebt sich nun von selbst, daß die von Querulanten angestellte Klage keinesweges für un-

unstatthaft gehalten werden könne. Eben so einleuchtend ist es auch, daß gar kein Grund vorhanden sey, weshalb Querulanten in die Kosten des Prozesses und der alleinigen Tragung der Aktenverschickung haben verurteilet werden können. Da aber die Frage: in welchen Fällen eine Peräquation der Kriegeslasten statt finde? streitig ist, so zieht dies die Kompensation der Kosten nach sich (a).

(a) In dem für die Sachsen-Coburg-Saalfeldschen Lande herausgegebenen Reglement vom 16. November 1806, zur Entschädigung der Kriegeslasten — welches in dem 141. und den folgenden Nr. der Justiz- und Polizei-Fama von 1806 abgedruckt ist — sind unter andern die Gegenstände, welche bei allgemeiner Repartition der Kriegesschäden zur Aufnahme und Entschädigung geeignet, und die Bedürfnisse, welche zum Anspruch auf Repartition und Entschädigung erforderlich sind, bestimmt angegeben. Als Grundsatz ist festgesetzt: daß alle Kriegeslasten ohne Ausnahme, stets als eine allgemeine Staatslast anzusehen sind, zu welcher alle Staatsglieder verhältnißmäßig beitragen müssen, um jede unbillige Beschwerung Einzelner vor Andern möglichst zu beseitigen. Im §. 1. heißt es: nur wirklicher Verlust, welcher durch den Krieg an dem besessenen Eigenthume erlitten wird, ist als Kriegesschaden und Gegenstand der allgemeinen Repartition anzusehen. Nach dem §. 2. sind folgende Objecte zur Repartition und Entschädigung geeigenschaftet:

1) Alle Gattungen Fourage, Getreide, Mehl, Brod, Vorspann, Zug- und Schlachtvieh, so wie auch Ge-

Getränke, in so ferne diese Gegenstände entweder von der Obrigkeit selbst, oder auf ihren Befehl, von Einzelnen geliefert worden;

2) Verpflegung der einquartierten Mannschaft, mit Einschluß des Aufwandes für Holz und Licht, ohne Unterschied, ob die Einquartierung regelmäßig von der Behörde, oder eigenmächtig geschehen ist. Die Einquartierung ohne Bekostigung ist nicht zum Ersatz geeignet;

3) Plünderungen, sie mögen teilweise oder im Ganzen geschehen seyn;

4) Geld-Kontribution, welche einer ganzen Gemeinde auferlegt worden;

5) Krieges-Brandschäden, so daß nicht nur der Werth der Gebäude, sondern überhaupt auch desjenigen, was die Flamme verzehrt, vergütet wird.

Register
über den eilften Band der Meditationen.

(Die erste Zahl zeigt die Meditation, die zweite die Seite an.)

A.

Actus.

Ein actus erroneus wird nicht vermuthet. 547. 5.

Annotationes Fisci.

Wie sie beweisen. 547. 14.

Antichresis.

Bei einer expressa findet die Berechnung des superusurii statt. 557. 100.

Man muß dabei auf die Zeit des Kontrakts sehen. daselbst.

Appellation.

Wann derselben renunciirt werden kann. 562. 142.

In der Appellations-Instanz findet keine mutatio libelli statt. 565. 181.

Von dem Erkenntniß eines Commissarius. 587. 329.

Ausdruck.

Unbestimmtheit dessen, wie er zu erklären. 555. 93.

Ausstattung

einer Geschwächten, wenn sie der Entehrer nicht heirathen kann. 581. 268.

B.

Bauergüter.

Bezahlung eines doppelten Weinkaufs an zwei Gutsherren. 547. 1.

Aus der nicht geschehenen Bezahlung, folgt keine Verjährung des Rechts, ihn nicht zu fordern. 547. 5.

Der Weinkauf setzt eine Gutsherrschaft voraus. 547. 6.

Ob aus der Prästation des Sterbefalls und der Spanndienste eine Gutsherrschaft folge? 547. 7.

Der Sterbfall wird von der Verlassenschaft entrichtet. 547. 7.

Der Weinkauf beim Antritt des Kolonats. 547. 11.

Rauchhuhn gebührt der Regel nach dem Gutsherrn. 547. 13.

Ab-

Abtretung des Anerberechts. 548. 16. ferner 30.
Das Erbrecht im Kolonat ist nicht genau an den Anerben gebunden. das. 24.
Der Brautschatz macht den Erbteil der Kinder aus, und wird durch dessen Empfang auf das Kolonat renuncjirt. das. 32. 37. 41. 46.
Bei Lösung eines Freibriefes braucht der Eigenbehörige das Vermögen seines Kindes nicht zu manifestiren. 549. 48.
Der Leibeigene hat an dem Gute nur ein dominium utile. 550. 53.
Ein Eigenbehöriger kann in einigen Fällen über das Seinige frei disponiren. 550. 55. 60.
Auch unter den Lebendigen verschenken. das. 56.
Meyerstättische Güter dürfen ohne Landes- und Gutsherrl. Consens nicht verkauft 2c. werden. 551. 68.
Deren Besitzer kann darin eine Erbpacht constituiren. das. 69.
Wie von der Leibzucht die Contribution zu entrichten. 555. 92.

Besitzer.

Dem gutgläubigen müssen die nothwendigen und nützlichen Kosten ersetzt werden, wenn auch die Sache nicht mehr vorhanden ist. 566. 190.

Betrug.

Muß bewiesen werden. 560. 125.
Worin er besteht. 565. 185.

Beweis.

Durch Kunstverständige. 552. 73. und 576. 243.
Zum ewigen Gedachtniß. 585. 282.
Wann dieser statt findet. daselbst.

Brunnen.

Gemeinschaftlicher, dessen Reparatur. 580. 263.

Bürgschaft.

Ist nicht da, wenn jemand die für ihn kontrahirten Verbindlichkeiten einem andern abnimmt, oder sich einen andern Gläubiger anweisen läßt. 559. 111.

C.

Commissorium.

Zulassung gewöhnlicher suspensiv Rechtsmittel dabei. 587. 328.

Compensation.

Die Einrede derselben enthält keine Anerkennung der Schuld. 578. 253.

Setzt

Setzt eine wechselseitige Forderung voraus. das. 255.

D.

Dienste, s. Bauergut.

E.

Ehebruch.

Was er sey? 582. 271.

Eid.

Ob durch die Eideszuschiebung sich jemand aller andern Beweise begiebt. 553. 80.
Wenn auf den Erfüllungseid zu erkennen. 555. 90.
Ob er ungültige Kontrakte gültig mache. 565. 169. 177. 182.
Ob er dem Fideicommissarius zurückgeschoben werden könne. 569. 206.
Wann die Zurückschiebung des Eides nicht statt findet. das. 209.
Zur Ausschwörung desselben durch einen Bevollmächtigten, wird die Einwilligung des Deferenten erfordert. 573. 225.
Wie die Ausschwörung durch einen Bevollmächtigten geschieht. daselbst.

Einquartierungslasten.

Ueber deren Vergütung. 587. 295.

Einwilligung.

Kann auch durch Handlungen gegeben werden. 559. 114.

Erbpacht.

Worin sie bestehe. 551. 68.

Erbschaft. Erbrecht.

Kinder, die aus dem Beischlaf einer verehelichten Mannsperson, mit einer ledigen Frauensperson gezeugt sind, können ihre Mutter und deren Kinder nicht beerben. 582. 270.

Erbteilregister.

Wie sie beweisen. 547. 14.

F.

Freibrief, s. Bauergut.

G.

Gemeinschaft. Gemeinheit.

Dabei darf keiner, ohne Einstimmung des andern, etwas vornehmen. 554. 88.
Rechte, welche einer ganzen Gemeinheit zustehen, können nicht von einem einzelnen Mitgliede ausgeübt werden. 575. 239.

Die

Die Vollmacht einer Gemeinheit müssen wenigstens zwei Drittel derselben unterschreiben. 575. 241.
Keiner kann gezwungen werden, in der Gemeinschaft zu bleiben. 579. 258.
Klage auf deren Teilung, wenn sie verjährt wird. das. 259.
Ein Grund zur Teilung braucht nicht angegeben zu werden. das. 261.
Bei gemeinschaftlichen Sachen kommt es auf die Einwilligung der meisten an. 580. 265.

Gesetz.

Anwendung desselben auf ältere Fälle. 548. 34. fern. 556. 98.
Ausnahmen davon sind strenge zu erklären. 551. 69.
L. 2. C. de resc. emt. vend. findet nur beim Kauf statt. 565. 181.
Auch bei andern Kontrakten. das. 188.
Gesetze, die allgemein reden, müssen aus andern erklärt werden. 568. 203.
Verbessernde Gesetze sind enge zu erklären. 573. 231.

Geständniß.

Gegen das eines Minderjährigen wegen eines Verbrechen findet die Restitution nicht statt. 574. 233.

Gewährleistung.

Wann sie wegfällt. 551. 67. 74.

Gewissensvertretung.

Dabei findet auch der Gegenbeweis statt. 553. 77.
Ist kein Gegenbeweis. das. 80.

Güter-Gemeinschaft.

Unter Eheleuten, dabei findet die Einrede des Vellejanischen Rathschlusses nicht statt. 559. 107.
Wann dabei die Ehefrau gültige Kontrakte schließen kann. das.

H.

Hypothek.

Eine stillschweigende steht dem Rechnungsführer, wegen seines Aktiv-Bestandes nicht zu. 558. 105.
Ist eine Begünstigung und Vorrecht. daselbst.

I.

Interesse, s. auch Klage.

Dessen Prästation bei nicht geschehener Ablieferung einer verkauften Sache. 563. 146.
Ob es auch außer den Zinsen bezahlt werden müsse? das. 151. 157.

Jude.

Jude.
Abfindung einer, von einem Christen geschwängerten Jüdin. 581. 267.
Eine fleischliche Vermischung eines Christen mit einer Jüdin, ist dem Ebebruch gleich. daselbst.
Kann sich von seiner Ehefrau nicht scheiden lassen, wenn diese den christlichen Glauben annimmt. Das. 268.

K.

Kauf, s. auch Interesse.
Die actio emti kann wegen eines jeden nicht sichtbaren Fehlers angestellt werden. 560. 121.
Ueber die Herausgabe des Uebermaßes von verkauften Grundstücken. 561. 127.
Was ist ein Verkauf ad corpus. Das. 129.
Kaufmann.
Muß unverfälschte Waare liefern. 560. 122.
Kinder.
Müssen facta ihrer Eltern prästiren. 548. 40.
Darunter sind auch Enkel zu verstehen. 556. 98.
Klage.
Setzt eine Verletzung des Rechts voraus. 549. 49.
Die aufs Interesse geht, was sie erfordert. 563. 146.
In der Appellations-Instanz findet keine mutatio libelli statt. 565. 181.
Wer Namens einer Gemeine oder Zunft klagt, muß eine Vollmacht von wenigstens zwei Dritteil derselben unterschrieben haben. 575. 241.
Kodicill.
Wie viel Zeugen zu einem, im Testament bestätigten Kodicill erfordert werden. 568. 202. f.
Kontrakt.
Der von einem Minderjährigen, ohne Beistimmung seines Kurators, unter der Klausel: So wahr mir Gott helfe, geschlossene Kontrakt, kann von jenem nicht angefochten werden. 565. 169.
Kosten, s. Prozeß.
Kriegeslasten, s. Einquartierungslasten.
Kunsterfahrne, s. Beweis.

L.

Leinsamen.
Verantwortlichkeit des Kaufmanns für dessen Aufgehen. 560. 117.

Leib-

Leibeigenschaft.
Worauf sie beruhet. 550. 53.
Leibzucht, s. Bauergut.
Litigator.
Wer ist ein temerarius litigator. 586. 289.
Litis = Renunciation.
Ueber deren Folgen, und wann sie statt findet. 562. 132.
M.
Manifestationseid.
Was er ist. 549. 48.
Minderjährige, s. auch Kontrakt, Geständniß.
Veräußerung ihrer Güter. 548. 34. 42.
Ob deren Eid ein Geschäft gültig macht? 565. 169. f. 177.
Deren Geschäfte, wenn sie auch mit einem Eide bekräftigt sind, können wegen Irrthum, Betrug ꝛc. aufgehoben werden. das. 179.
Mithude.
Wenn jemand bei Veräußerung eines Grundstücks sich die Mithude darauf vorbehält: so wird diese als eine Dienstbarkeit, und nicht als ein Eigenthumsrecht angesehen; kann daher durch den bloßen Nichtgebrauch verjährt werden. 564. 159.
N.
Nachbarrecht.
Was es in sich begreift. 580. 264.
P.
Pacht.
Entschädigung wegen nicht zu gehöriger Zeit abgelieferter Pachtgefälle. 563. 145.
Pfand.
Verkauf desselben. 577. 246.
Prozeß.
Wer davon Abstand nimmt, ob er die Kosten erstatten müsse? 562. 135. und 586. 285.
Wenn auf die darin zugefügten Schäden zu erkennen? das. 292.
R.
Rauchhuhn, s. Bauergut.
Recht.
Der sich dessen bedienet, schadet niemand. 554. 89.
Dessen Verlust wird nicht vermuthet. 564. 164.
Dessen Verlust durch den Nichtgebrauch eines Dritten. das. 167.

Rhodische Gesetz.
Dessen Anwendung. 587. 302. 308. 322. 337. 344. 346.
Richter.
Ist nicht unbedingt an die wörtliche Vorschrift der Gesetze gebunden. 565. 174. f.
Kann ein Gesetz erklären. daselbst.
S.
Schenkung, s. auch Bauergüter.
Die acceptatio derselben kann verbis und factis geschehn. 550. 57.
Wer wegen Undankbarkeit solche aufheben kann. 570. 211.
Welche Ursachen dazu erfordert werden. daselbst.
Ein Vertrag, die Schenkung wegen Undankbarkeit nicht aufzuheben, ist ungültig. 571. 216.
Schwängerung.
Die Ausstattung gebühret auch einer solchen, die der Schwängerer nicht heirathen kann. 581.
Die Ausstattung ist kein Brautschatz. daselbst.
Senatus consultum Vellejanum.
Findet bei ehelicher Güter-Gemeinschaft nicht statt. 559. 111.
Servitut.
Was zu deren Erwerbung erfordert wird. 564. 164.
Societät.
Societäts-Genossen müssen gemeinschaftlich den Schaden tragen. 587. 301.
Stadt.
In welchem Fall der Magistrat Repräsentant der Bürger ist? 587. 303. 334. 341.
Sterbfall, s. Bauergut.
Streiter.
Wer ist ein temerarius litigator. 586. 289.
T.
Teilungsklage, s. Gemeinschaft.
Testament.
In einem Testament der Eltern unter Kindern, das ohne alle Feierlichkeit gemacht ist, darf keiner fremden Person etwas vermacht werden. 556. 96.
In demselben sind Enkel, deren Eltern die Inteſtat-Erbfolge zusteht, als fremde Personen anzusehen. daselbst.
Ob ein feierliches Testament der Eltern unter den Kindern durch ein zweites, nicht feierliches aufgehoben werde. 567. 195.
Eben so ein Testament eines Soldaten. das. 198.
U. Ur-

Urteil.
Wenn ein richterliches Urteil auch einer dritten Person zu statten kommt. 562. 141.
Ein in die Rechtskraft getretenes, kann wegen neu aufgefundener Dokumente nicht aufgehoben werden. 584. 278.

V.

Verbrechen, s. Geständniß.
Verjährung, s. auch Mithude, Gemeinschaft.
Gegen den Verpächter. 564. 163. 167.
Wider eine Stadt. das. 166.
Verletzung.
Kann vergütet werden, damit ein Kontrakt nicht annullirt wird. 565. 181. 188.
Vermächtniß.
Wenn einem der Niesbrauch an einer Sache, und dem andern das Eigenthum vermacht ist, ob jener geteilt werde. 572. 221.
Konnte nach dem ältern Römischen Rechte nur Befehlsweise hinterlassen werden. das. 227.
Vertrag.
Gegen die guten Sitten, ist nicht verbindlich. 571. 218.
Verzug.
Wann er vorhanden ist. 563. 153. 156. und 577. 251.
Verwahrung.
Eine, mehrern zugehörige nicht teilbare Sache, kann einem Teilhaber gegen Caution zurückgegeben werden. 583. 276.

W.

Weinkauf, s. Bauergut.
Wiederkauf.
Bei einer gemeinschaftlichen Sache, kann dieses einer von den Verkaufern ausüben. 583. 275.

Z.

Zeuge, s. auch Beweis.
Wie sich widersprechende Zeugen-Aussagen zu beurteilen. 554. 82.
Zeugniß eines Kunsterfahrnen, wie es beschaffen seyn muß. 576. 243.
Zunft.
Ein Mitglied desselben kann wegen Beeinträchtigung der Privilegien klagen. 575. 238.
Zunftzwang, worin er besteht. daselbst.
Zweifel.
Welcher Sinn dabei anzunehmen. 555. 93.

Bemerkte Druckfehler

im eilften Bande der Meditationen.

Seite 1. Zeile 14. statt Lagebuchs lies Lagerbuchs. S. 62. Z. 28. st. seinen l. seinem. S. 72. Z. 3. von unten st. überein l. über ein. S. 84. Z. 10. st. beitraten l. beitreten. S. 92. Z. 23. st. dei l. der. S. 92. Z. 24. st. Länderer l. Länderei. S. 100. Z. 12. st. seinem l. seinen S. 131. Z. 4. st. 6. l. b. S. 132. Z. 1. st. 553. l. 562. S. 147. Z. 27. st. lit. l. tit. S. 148. Z. 12. st. fuisse l. fuisset. S. 151. Z. 4. st. oon l. non. S. 153. Z. 22. st. ihm l. ihn. S. 154. Z. 8. st. usus l. usur. S. 160. Z. 20. st. Introvent l. Intervent. S. 162. Z. 1. statt piascere l. pascere. S. 184. Z. 11. statt au l. aus. S. 200. Z. 6. und S. 200. Z. 8. st. von l. vor. S. 213. Z. 13. st. primordinm l. primordium. S. 227. Z. 20. nach Gerichte fehlt: ausgeschworen werde. S. 230. Z. 3. nach Eides fehlt: in eigener Person. S. 237. Z. 7. st. non, nunquam l. nonnunquam. S. 251. Z. 22. st. §. 3. l. §. 9. S. 252. Z. 11. Verlauf fällt weg, und muß es heißen: Verkauf nach Ablauf. S. 274. Z. 20. nach gegründet muß statt des . ein , stehen. S. 275. Z. 17. st. den l. dem. S. 290. Z. 13. st. Bedenk. l. Bemerk. S. 293. Z. 9. st. 4. l. 49.

Aus der Rez. in den Heidelb. Jahrb. 1. Jhrg. 1. Heft

In Nr. 567. ist der entscheidenden Stelle in der Notar. Ordn. tit. von Testam. §. 2. mit keiner Sylbe erwähnt. In Nr. 568. wird auf L. 1. Cod. Theod. de testam. gar keine Rücksicht genommen. In Nr. 578. ignoriren die Vf. die neuerlichen Untersuchungen von Gönner u. Weber.

Interessant Nr. 547. 565. 571. 587.

Absurd die Entscheidung in Nr. 562.

Arg der Fehler in Nr. 559, wo die Vf. den Grundsatz, daß durch die allgemeine Gütergemeinschaft die weiblichen Rechtswohlthaten bei einer Intercession für den <u>Ehemann</u> wegfallen, ganz arglos auf eine Bürgschaft für <u>dritte Personen</u> anwenden.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Overbeck, August Wilhelm,

Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien

Bd.: 11

Braunschweig [u.a.] 1807

J.rom.m. 385 m-11
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10627119-6
VD18 10644032-002